

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE
DIPARTIMENTO GIURIDICO

ANNALI

16/2014-2015

Direttore

Valentino Petrucci

Comitato scientifico

Jean Balcou (Professore emerito, Univeristà di Brest, Bretagna Occidentale)

Agostino De Caro

Francesco De Martino

Stefano Fiore

Lucio Francario

Maria Rosaria Mauro

Antonio Palmieri

Gianmaria Palmieri

Marco Parisi

Andrea Rallo

Maria Ausilia Simonelli

Giovanni Varanese

Comitato di redazione

Maria Teresa De Blasis

Carmelo D'Oro

I lavori contenuti in questo volume sono stati sottoposti al controllo, in forma anonima, di un revisore esperto.

Il comitato dei revisori è composto dai proff.:

Francesco Amarelli, Giovanni Arieta, Emilio Balletti, Ermanno Calzolaio, Mario Campobasso, Roberto Carleo, Paolo Carrozza, Vincenzo Cocozza, Mariarita D'Addezio, Claudio De Fiores, Francesco de Santis, Massimo Deiana, Angela Del Vecchio, Alberto di Martino, Rocco Favale, Carlo Fiore, Pamela Lattanzi, Giovanni Leone, Fiorenzo Liguori, Roberto Mastroianni, Giuseppe Melis, Enrico Mezzetti, Manlio Miele, Vincenzo Omaggio, Andrea Orestano, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Paolo Piscitello, Giulio Prosperetti, Nicola Rascio, Francesca Reduzzi, Giuseppe Riccio, Fabio Santangeli, Francesco Santoni, Adolfo Scalfati, Leopoldo Tullio, Giovanni Battista Varnier, Ugo Villano, Attilio Zimatore

Annali 16/2014-2015

Collana: Università degli Studi del Molise

Dipartimento Giuridico

pp. 472; 17x24 cm

SAGGI

L'articolazione del tempo di lavoro nelle amministrazioni pubbliche: orario ridotto, incompatibilità e attività libero professionale

SOMMARIO: 1. L'articolazione dell'orario di lavoro tra flessibilizzazione funzionale all'organizzazione dell'impresa e qualità di vita. - 2. La disciplina del *part time* nelle amministrazioni pubbliche ai sensi del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81 - 3. Variabilità dell'orario di lavoro e clausole elastiche. - 4. Trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale e diritto di precedenza. - 5. Volontarietà della trasformazione e intervento della Corte di Giustizia UE. - 6. La valutazione dell'Amministrazione. - 7. Prestazione ridotta e incompatibilità. - 8. Attività libero professionale del dipendente pubblico.

1. L'articolazione dell'orario di lavoro tra flessibilizzazione funzionale all'organizzazione dell'impresa e qualità di vita

La spinta continua verso una maggiore articolazione e variabilità delle modalità temporali della prestazione lavorativa rappresenta una delle caratteristiche fondamentali della moderna organizzazione lavorativa¹, sia privata che pubblica. Ciò, nella comune prospet-

¹ La modalità del lavoro a tempo parziale, soprattutto a partire dagli anni 2000, appare in notevole crescita nei diversi Stati membri dell'Unione Europea. Anche il nostro Paese non smentisce la tendenza, passando dal 7,9% nel 1999 al 14,3% nel 2009. Gli occupati a tempo parziale, nel primo trimestre 2014 (dati Istat), continuano ad aumentare (1,1%, pari a +44.000 unità), ma la crescita riguarda esclusivamente il *part time* involontario (62,8%) ed il ricorso all'istituto è prevalentemente (se non quasi esclusivamente) femminile. Secondo i dati Eurostat (luglio 2014), "la quota dei lavoratori dell'UE-28 nella classe d'età 15-64 anni, la cui occupazione lavorativa principale è a tempo parziale, è in costante crescita: dal 16,0% nel 2003 al 19,5% nel 2013. La percentuale di gran lunga più elevata di lavoratori a tempo parziale nel 2013 si rileva nei Paesi Bassi (50,0%), seguiti da Germania, Austria, Regno Unito, Danimarca, Svezia, Belgio e Irlanda, dove i lavoratori a tempo parziale rappresentano in ciascun Paese circa un quarto degli occupati. Per contro, il lavoro a tempo parziale è relativamente poco frequente in Bulgaria (2,5% degli occupati) e in Slovacchia (4,5%). L'incidenza del lavoro *part-time* varia notevolmente tra uomini e donne. Nell'UE-28, poco meno di un terzo (32,1%) delle donne occupate di età compresa tra i 15 e 64 anni lavorava a tempo parziale nel 2013, una quota molto superiore a quella registrata per gli uomini (8,8%). Più di tre quarti (77,0%) di tutte le donne occupate nei Paesi Bassi lavoravano a tempo parziale nel 2013, facendo registrare il tasso di gran lunga più elevato tra tutti gli

tiva di un ampliamento occupazionale e della ridefinizione dei confini tra tempi/spazi di lavoro e vita privata², nonché della modulazione dei flussi di attività produttiva secondo le mutevoli esigenze del mercato ed in direzione di una maggiore elasticità organizzativa³ e

Stati membri dell'UE". Per i dati sullo "stato dell'arte" dell'occupazione *part time* nell'UE e sulle ragioni che incidono sulle differenti percentuali quantitative di ricorso all'istituto nei paesi membri, v. *Part time work in Europe. European Company Survey*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2011, in www.eurofound.europa.eu, nonché *European Working conditions surveys (EWCS)*, 8 marzo 2013 e, più recentemente, *Rapporto Eurofound, Impact of the crisis on industrial relations and working conditions in Europe*, Dublin, 2014. Sull'argomento, v. M. ALTIMARI, *Il tempo parziale tra contratto e mercato del lavoro*, in "Lavoro e diritto", 2015, p. 355; L. CALAFÀ, *I contratti a orario ridotto, modulato o flessibile*, sez. I, *Il contratto di lavoro tempo parziale, in Il mercato del lavoro*, a cura di M. BROLLO, *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, Padova, Cedam, 2012, p. 1195; S. CALIANDRO, *Il lavoro a tempo parziale nella prospettiva comunitaria*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2007, I, p. 733; B. CARUSO, *Riforma del part time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in *wp c.s.d.l.e. «Massimo D'Antona»*, 2003, n. 17, p. 2.

² Il tema della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro è presente anche nella L. 10 dicembre 2014, n. 183, deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro che, all'art. 1, co. 8, enuncia lo scopo di "garantire adeguato sostegno alle cure parentali, attraverso misure volte a tutelare la maternità delle lavoratrici e favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro per la generalità dei lavoratori" e al successivo co. 9, lett. d), inserisce, fra i criteri direttivi della delega, "l'incentivazione di accordi collettivi volti a favorire la flessibilità dell'orario lavorativo...". La disciplina di dettaglio della delega in materia di conciliazione vita-lavoro, è contenuta nel D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 80, recante misure per la conciliazione delle esigenze di cura, vita e di lavoro in attuazione dell'articolo 1, commi 8 e 9, della legge 10 dicembre 2014, n. 183. Anche nell'ambito del lavoro pubblico, la L. 7 agosto 2015, n. 124, "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", prevede che le Pubbliche Amministrazioni adottino "misure organizzative per la sperimentazione... di nuove modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa" (art. 14, co. 1). In merito a tale provvedimento, v. la memoria di L. ZOPPOLI, *Osservazioni sul ddl AC N. 3098 "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"*, predisposta per l'Audizione presso la I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, 3 giugno 2015.

³ Il lavoro a tempo parziale nel settore privato è stato inizialmente regolato dalle disposizioni contenute nell'art. 5 della L. 19 dicembre 1984, n. 863, nonché da norme specifiche per il lavoro pubblico (art. 36, co. 2, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'art. 4, L. 9 marzo 2006, n. 80, di conversione del D.L. 10 gennaio 2006, n. 4, dall'art. 3, co. 101, L. 24 dicembre 2007, n. 244, dall'art. 49, L. 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del D.L. 25 giugno 2008, n. 112 e dall'art. 16, L. 4 novembre 2010, n. 183). Successivamente alla L. n. 863/1984, la Direttiva CE 15 dicembre 1987, n. 81, attuativa dell'accordo collettivo quadro a livello europeo 6 giugno 1997, per l'applicazione del *part time* aveva richiamato il principio di "non discriminazione" ed il principio del "*pro rata temporis*"; principi ai quali, peraltro, il nostro ordinamento si era già sostanzialmente conformato, salvo la necessaria introduzione di alcuni obblighi d'informazione. In considerazione di questa conformazione anticipata, la Corte Co-

gestionale⁴.

Nel settore dell'impiego pubblico, in particolare, la scelta legislativa di modulare con criteri di flessibilità l'attività lavorativa, ed in modo specifico l'orario di lavoro, appare orientata nel senso di assicurare una tendenziale uniformità del contesto regolativo pubblico a quello privato (a partire dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29) ed una maggiore efficienza degli apparati pubblici, grazie a strumenti gestionali che consentano il contenimento della spesa per il personale ed una più flessibile utilizzazione della risorsa umana, con il superamento del regime d'incompatibilità⁵.

In quest'area, tradizionalmente dominata da una rigidità lavorativa formale e sostanziale della prestazione lavorativa, il legislatore ha tratto una importante "legittimazione" giuridica dalla decisione della Corte di Giustizia UE 1 marzo 2012, C-393/10⁶, in base alla quale "uno Sta-

stituzionale (con sentenza 7 febbraio 2000, n. 45, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2000, p. 746) ha dichiarato inammissibile la richiesta di *referendum* abrogativo dell'art. 5, L. n. 863/1984. Il lavoro *part time* è stato poi nuovamente disciplinato dal D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, in attuazione della delega prevista dalla L. 5 febbraio 1999, n. 25, che ha abrogato la normativa precedente (art. 11). Il D.Lgs. n. 61/2000 è stato poi integrato dal D.Lgs. 26 febbraio 2001, n. 100 (su cui v. anche Min. Lav. Circ. 30 aprile 2001, n. 46) e dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che ha modificato ed abrogato numerose disposizioni del D.Lgs. n. 61/2000. Ne è conseguita l'automatica caducazione delle clausole contrattuali collettive ed individuali incompatibili con la nuova disciplina o stipulate sul presupposto della normativa precedente (Min. Lav. Circ. 18 marzo 2004, n. 9). Successivamente, con la L. 24 dicembre 2007, n. 247 (art. 1, co. 44) sono stati reintrodotti alcuni vincoli; e, da ultimo, l'art. 22, co. 4, L. 12 novembre 2011, n. 183, ha "resuscitato", nella formulazione originaria, l'art. 3, co. 7, D.Lgs. n. 61/2000, in materia di clausole elastiche e flessibili di ricorso al *part time*. Attualmente, l'art. 55, co. 1, lett. a) del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, ha abrogato il D.Lgs. n. 61/2000, ridisciplinando integralmente la materia. Per un esame della disciplina più recente, v. L. FIORILLO, *Le nuove regole in materia di contratto a tempo determinato, lavoro somministrato, apprendistato e lavoro a tempo parziale: un contributo per un uso corretto della flessibilità in entrata*, in *La riforma del mercato del lavoro*, a cura di L. FIORILLO, A. PERULLI, Torino, Giappichelli, 2014, p. 66.

⁴ Per un'analisi dell'istituto del *part time*, con riguardo agli aspetti socio-economici, oltre che giuridici, v. F. BANO, *Variazioni sul tempo di lavoro. La contro-riforma del lavoro a tempo parziale*, in "Lavoro e diritto", 2005, p. 295; ID., *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, *ivi*, 2006, p. 293; A. LO FARO, *La regolamentazione del part-time in Europa, Italia*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2000, p. 603.

⁵ Risulta cioè sostanzialmente abbandonato, o comunque assai ridimensionato, uno dei canoni fondamentali del rapporto di impiego pubblico, e cioè quello dell'esclusività della prestazione.

⁶ La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES il 6 giugno 1997, contenuto nell'allegato alla direttiva 97/81/CE, come modificata dalla direttiva 98/23/CE. Le disposizioni dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale (clausola 1) rilevanti ai fini della causa principale sono le seguenti: "a) di assicurare la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parzia-

to membro non può escludere, a sua discrezione, in violazione dell'effetto utile della direttiva 97/81/CE, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta dalla direttiva 97/81/CE e dall'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale (siglato il 6 giugno 1997)⁷, in quanto "la definizione della nozione di «lavoratore a tempo parziale» ai sensi di tale accordo quadro, (enunciata nella clausola 3, punto 1), include tutti i lavoratori, senza operare alcuna distinzione basata sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro".

Il rilievo di questa decisione trova conferma nella affermazione della piena ammissibilità del *part time* per i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, sancito dalle disposizioni legislative generali, speciali e specifiche che regolano la materia⁸, in un quadro di flessibilizzazione del-

le e di migliorare la qualità del lavoro a tempo parziale; b) di facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e di contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori".

⁷ Nello specifico, la Corte ha affermato che "osta a che, ai fini dell'accesso al regime della pensione di vecchiaia, il diritto nazionale operi una distinzione tra i giudici a tempo pieno e i giudici a tempo parziale retribuiti in base a tariffe giornaliere, a meno che tale differenza di trattamento sia giustificata da ragioni obiettive, che spetta al giudice del rinvio valutare" e che "la nozione di «ragioni oggettive» ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale dev'essere intesa nel senso che essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori a tempo pieno per il fatto che tale differenza di trattamento sia prevista da una norma generale ed astratta. Tale nozione richiede, al contrario, che la disparità di trattamento in causa risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria".

⁸ In tema di *part time* nell'impiego pubblico, cfr. V. BAVARO, *Flessibilità del lavoro: la riforma del part time*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2000, p. 113; F. BORGOGELLI, *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in "Lavoro e diritto", 2004, p. 69; A. BOSCATI – S. FERRARIO, *Il lavoro a tempo parziale*, in *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, a cura di F. CARINCI – A. PIZZOFERRATO, Torino, Utet, 2010, p. 567; M. BROLLO, *Il tramonto del diritto al part time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2008, p. 499; ID., *Il «ri-esame» del part time «trasformato» nel lavoro pubblico*, in *Il Collegato Lavoro 2010*, a cura di M. MISCIONE - D. GAROFALO, Milano, Ipsoa, 2011, p. 681; M. D'ANTONA, *Part time e secondo lavoro dei dipendenti pubblici (Commento alla l. 23 dicembre 1996, n. 662)*, in "Giornale di diritto amministrativo", 1997, n. 2, p. 123; M. DELFINO, *Il lavoro part time nella prospettiva comunitaria. Studi sul principio volontaristico*, Napoli, Jovene, 2008, p. 338; A. FALCONE, *Il part time nel pubblico impiego (tra incompatibilità e controllo)*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 1999, p. 527; L. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico, le forme contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2003; S. MAINARDI, *Il part time per i dirigenti pubblici dopo la l. n. 662/1996 (con due nuove parole del legislatore: l'art. 20, 1° comma, lett. f), l. n. 488/1999)*, Nota a Trib. Milano 4 dicembre 1999, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2000, p. 335; E. M. MASTINU, *La trasformazione a part time del rapporto di lavoro del dipendente pubblico*, *ivi*, 2006, p. 1129; M. MISCIONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. BROLLO, Milano, Ipsoa, 2001, p. 232; M. MONTINI, *Il part time dei dipendenti pubblici ed i limiti allo svolgimento della libera professione*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2001, p. 654 ss.; A. NEGRONI, *Part-*

l'attività lavorativa e di parità di trattamento.

Secondo, infatti, l'art. 36, co. 2, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, le Pubbliche Amministrazioni, seppure "per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo ed eccezionale, possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa...". In parallelo, il precedente art. 2, co. 1, lett b, del medesimo D.Lgs. n. 165/2001, impronta l'organizzazione amministrativa al criterio (tra gli altri) della flessibilità, in modo da garantire adeguati margini alle determinazioni operative e gestionali da assumersi da parte degli uffici dirigenziali "con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro" (art. 5, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001) e l'art. 1, co. 57, L. 23 dicembre 1996, n. 662, stabilisce che il rapporto di lavoro a tempo parziale può essere costituito relativamente a tutti i profili professionali appartenenti alle varie qualifiche o livelli dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni⁹, ad esclusione del personale militare, di quello delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. Il ricorso all'istituto è inoltre precluso per i professori universitari (Dip. Funz. Pub. Circ. 18 luglio 1997, n. 6, punto 1).

Valgono poi, per il settore pubblico, una serie di principi applicati dal nostro ordinamento (nell'ottica di ridefinizione unitaria del trattamento economico e normativo fra *part timers* privati e pubblici, basata su un nucleo di tutele comune, in linea con gli *input* contenuti nel suddetto modello sociale europeo), in gran parte traslati da quanto previsto dalla clausola 4 della Direttiva europea 97/81/CE e reiteratamente affermato dal-

time nella P.A., in "Diritto e pratica del lavoro", 2012, p. 2874; ID., *Alcune considerazioni sulle innovazioni introdotte in materia di part time nella pubblica amministrazione dall'articolo 73 del decreto legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2012, p. 443; L. PAOLUCCI, *Incompatibilità, cumulo d'impieghi e d'incarichi*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI - L. ZOPPOLI, Torino, Utet, 2004, vol. V, t. II, p. 796; M. PAPALEONI, *Il nuovo part-time nel settore privato e pubblico*, Padova, Cedam, 2004; G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 376 - 381; R. SANTUCCI, *Il lavoro part time*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, Diritto del lavoro*, Commentario, cit., p. 610; R. VOZA, *Il lavoro a tempo parziale e il regime delle incompatibilità*, in *Il lavoro pubblico in Italia*, a cura di M. T. CARINCI - U. CARABELLI, Bari, Cacucci, 2010, p. 259 ss.

⁹ Sicché, l'accesso al *part-time* è consentito anche ai dirigenti, purché gli stessi non siano preposti alla titolarità di uffici (art. 39, co. 18-bis, L. n. 449/1997, come sostituito dall'art. 20, co. 1, L. n. 488/1999). Per gli enti locali, l'art. 1, co. 65, L. n. 662/1996, stabilisce che il sopracitato art. 1, co. 57 della medesima legge, non trova applicazione "negli enti locali che non versino in situazioni strutturalmente deficitarie e la cui pianta organica preveda un numero di dipendenti inferiore alle cinque unità".

la Corte di Giustizia UE¹⁰. E cioè: **a)** la disciplina sulla parità di trattamento fra lavoratori a tempo parziale e lavoratori di pari inquadramento e sulla parità di diritti fra *part timer* e dipendente a tempo pieno comparabile (art. 7, D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81); **b)** il principio di proporzionalità, esteso, con il D.Lgs. n. 81/2015 (art. 7), ai trattamenti economici e normativi proporzionabili¹¹, nonché alla disciplina previdenziale di cui all'art. 11, D.Lgs. n. 81/2015 (che riprende le previsioni contenute nell'art. 9 dell'abrogato D.Lgs. n. 61/2000); **c)** le modalità di computo dei lavoratori *part time*, il quale deve avvenire "in proporzione all'orario svolto, rapportato al tempo pieno" (art. 9, D.Lgs. n. 81/2015)¹²; **d)** la possibilità, per i contratti collettivi, di modulare, in relazione all'articolazione dell'orario di lavoro, "la durata del periodo di prova, del periodo di preavviso¹³ in caso di licen-

¹⁰ La Corte di Giustizia UE è reiteratamente e significativamente intervenuta in tema di parità di trattamento. Tra le tante, v. Corte di Giustizia 8 aprile 1976, C-43/75; Corte di Giustizia 15 giugno 1978, C-149/77; Corte di Giustizia 23 maggio 1996, C-237/94; Corte di Giustizia 18 dicembre 1997, C-309/96; Corte di Giustizia 30 giugno 1998, C-394/96; Corte di Giustizia 16 settembre 1999, C-218/98; Corte di Giustizia 29 novembre 2001, C-366/99; Corte di Giustizia 17 settembre 2002, C-320/00; Corte di Giustizia 13 gennaio 2004, C-256/01; Corte di Giustizia 30 giugno 2005, C-144/04; Corte di Giustizia 22 novembre 2012, C-385/11; Corte di Giustizia 6 marzo 2014, C-595/12.

¹¹ Talune materie, infatti, non sono proporzionabili. Si pensi alla tutela della salute nei luoghi di lavoro. La norma non riproduce la passata disciplina in base alla quale: "Resta ferma la facoltà per il contratto individuale di lavoro e per i contratti collettivi, di cui all'art. 1, comma 3, di prevedere che la corresponsione ai lavoratori a tempo parziale di emolumenti retributivi, in particolare a carattere variabile, sia effettuata in misura più che proporzionale" (art. 4, co. 2, lett. b), D. Lgs. n. 61/2000).

¹² Con arrotondamento "per le frazioni di orario che eccedono la somma degli orari a tempo parziale corrispondente a unità intere di orario a tempo pieno" (art. 9, D.Lgs. n. 81/2015). Per chiarire il significato di questa formula si può ricorrere alla Circ. Min. Lav. 30 aprile 2001, n. 46, emanata in vigenza del D.Lgs. n. 61/2000, il quale utilizzava le medesime modalità di computo. Secondo tale Circolare, occorre sommare l'orario di lavoro concordato per ciascun dipendente *part time* e poi raffrontare il risultato con l'orario a tempo pieno previsto dal contratto collettivo applicato. Dopodiché, si dovrà arrotondare la frazione di orario che, dalla somma precedente, risulti in eccesso rispetto all'intero, all'unità superiore, se uguale o superiore alla metà dell'orario a tempo pieno, se inferiore, invece, non se ne terrà conto. Così, ad es., se un'azienda ha 3 dipendenti *part time* con orario di 25 ore settimanali, rispetto all'orario contrattuale settimanale di 40 ore, si otterrà la somma di 75 ore (per 3 lavoratori), pari ad 1 unità lavorativa (di 40 ore), con il resto di 35. Poiché 35 è superiore alla metà di 40, si applicherà l'arrotondamento all'intero, ottenendo una seconda unità lavorativa. Perciò, i 3 prestatori a tempo parziale si dovranno computare come 2 unità lavorative. Sul punto, v. C. BOLLER, *Il nuovo part time, criteri di computo e disciplina previdenziale*, in "Guida al lavoro", 2015, n. 27, p. 17, il quale rileva che nelle aziende che applicano più contratti collettivi sarà necessario accorpate i lavoratori ai quali si applica lo stesso contratto.

¹³ La previsione del periodo di preavviso fra le materie modulabili è una novità rispetto alla vecchia disciplina (art. 4, co.2, lett. a), ult. periodo, D.Lgs. n. 61/2000).

ziamento o dimissioni e quella del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia ed infortunio" (art. 7, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015).

2. La disciplina del part time nelle amministrazioni pubbliche ai sensi del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81

L'istituto del *part time* è oggi disciplinato dal D.Lgs. n. 81/2015, in attuazione di quanto stabilito dall'art. 1, co. 7, L. delega n. 183/2014 (c.d. *Jobs act*), il quale ha delegato il Governo ad emanare un decreto volto a "riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo"; nonché dalla contrattazione collettiva (nazionale, territoriale ed aziendale, ai sensi dell'art. 51, del medesimo D.Lgs. n. 81/2015).

Il Decreto n. 81/2015, con una tecnica legislativa semplificativa e riassuntiva rispetto ai precedenti interventi legislativi in tema di *part time*¹⁴, ha espressamente abrogato la vecchia disciplina contenuta nel D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61¹⁵, prevedendo, all'art. 12, co. 1, che le previsioni che disciplinano il nuovo *part time*¹⁶ nel settore privato si applicano (ai sensi del-

¹⁴ S. BELLOMO, *Il lavoro a tempo parziale tra semplificazione e unificazione*, in AA.VV., *Contratti e mansioni - Il sole 24 ore*, luglio 2015, n. 3, soprattutto pp. 25 e 30.

¹⁵ Risulta perciò superata la questione se il D.Lgs. n. 276/2003, il quale, per espresso disposto legislativo, "non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni" (art. 1, co. 2), modificando, il D.Lgs. n. 61/2000, avesse inciso sulla disciplina dell'istituto solo nell'ambito dell'impiego privato o anche nell'ambito dell'impiego pubblico. Al riguardo, il Min. Lav. con la Circolare n. 9 del 18 marzo 2004, condivisa in dottrina (v. in questa linea, M. BROLLO, *Il tramonto del diritto al part time*, loc. cit.; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2012, p. 809), aveva affermato che le nuove disposizioni non trovavano applicazione nel settore pubblico, in virtù della previsione già contenuta nella legge delega (art. 3, co. 1, L. n. 30/2003) e nell'art. 1, co. 2, D.Lgs. n. 276/2003. Con la conseguente non applicazione al lavoro a tempo parziale pubblico (oltre alle disposizioni elencate dall'art. 10, co. 1, D.Lgs. n. 61/2000) delle modifiche normative apportate dal D.Lgs. n. 276/2003 agli artt.: 1, co. 4 - assunzione a termine con *part time* - ; 2, co. 1 - forma scritta del contratto; e 3 - lavoro supplementare, straordinario e clausole elastiche del D.Lgs. n. 61/2000 (cfr. A. ALAIMO, *Diritto di variazione dell'orario e "clausole elastiche" nel part-time: al banco di prova nel settore pubblico le soluzioni applicate nel privato*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2000, p. 114; Trib. Larino, ord. 9 settembre 1999, *ivi*, 1999, p. 101). Nel senso che l'inapplicabilità del D.Lgs. n. 276/2003 al lavoro pubblico suscita dubbi di costituzionalità per contrasto con l'art. 3 Cost., v. R. VOZA, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*, in *wp.c.s.d.l.e. "Massimo D'Antona"*, 2005, n. 75, p. 2.

¹⁶ In tema di lavoro a tempo parziale dopo la riforma introdotta dal D.Lgs. n. 81/2015, cfr. S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 25; L. CALAFA, *Lavoro a tempo parziale*, in *Commento al d.lgs 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. CARINCI, *Adapt Labour Studies e-book series*, 2015, n. 48, p. 98; A. CIMAROSTI, *Il part-time dopo il Jobs acts*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2015, p. 866; M. TIRABOSCHI, *Il part time dopo la pubblicazione del D.Lgs. n. 81/2015*, in "Guida al lavoro", 2015, n. 27, p. 13.

l'art. 2, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001) "ove non diversamente disposto, anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, con esclusione di quelle contenute negli articoli 6, commi 2 e 6, e 10, e, comunque, fermo restando quanto previsto da disposizioni speciali in materia"¹⁷. Pertanto, in ossequio alla parificazione di trattamento fra dipendenti pubblici e privati, il *part-time* nella P.A. è regolamentato dalla disciplina vigente per il settore privato, salvo eccezioni esplicitamente previste in ragione della peculiarità degli interessi coinvolti e delle specificità che connotano organizzazione, funzionamento e finalità dell'impiego pubblico.

È quindi applicabile sia al settore privato che a quello pubblico, l'art. 4, co. 1, D.Lgs. n. 81/2015, secondo cui il lavoratore subordinato può essere assunto con contratto *part time*, sia a tempo pieno (*ex art. 3, D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*) che a tempo determinato.

In particolare, si considera a tempo parziale il rapporto di lavoro con orario inferiore a quello normale fissato in 40 ore settimanali, ovvero al minore orario eventualmente previsto dalla contrattazione collettiva.

Il Decreto n. 81/2015 cancella la suddivisione del lavoro a tempo parziale in orizzontale, verticale e misto, che era contemplata nell'abrogato D.Lgs. n. 61/2000. Tale suddivisione, peraltro, dovendo il contratto di lavoro indicare puntualmente gli estremi relativi alla durata ed alla collocazione temporale della prestazione (v. *infra*), continuerà verosimilmente ad essere utilizzata nella prassi contrattuale individuale e collettiva, con l'assegnazione a ciascuna tipologia di lavoro a tempo parziale di differenti regimi¹⁸ (in linea con i modelli di organizzazione del lavoro e di utilizzo di prestazioni a orario ridotto nei contesti produttivi)¹⁹.

Il contratto *part time* deve avere la forma scritta a fini di prova (se-

¹⁷ V. artt. 1, co. 57-65, L. 23 dicembre 1996, n. 662; 39, L. 27 dicembre 1997, n. 449; 22, L. 23 dicembre 1998, n. 448; 20, L. 23 dicembre 1999, n. 488, che regolano alcuni specifici aspetti del *part time*, quali il campo di applicazione soggettivo (art. 1, co. 57, L. n. 662/1996) e la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale (art. 1, co. 58, L. n. 662/1996).

¹⁸ L'art. 2, co. 2, D.Lgs. n. 61/2000 (abrogato) poneva a carico del datore di lavoro l'obbligo di "informare le rappresentanze sindacali aziendali, ove esistenti, con cadenza annuale, sull'andamento delle assunzioni a tempo parziale, la relativa tipologia ed il ricorso al lavoro supplementare." Nel Decreto n. 81/2015 non si ripropone una analoga disposizione. Sicché in materia di informazioni alle rappresentanze sindacali aziendali assumerranno rilevanza esclusiva i soli obblighi previsti dalla contrattazione collettiva.

¹⁹ L'ARAN (Agenzia per la Rappresentanza Negoziabile delle Pubbliche Amministrazioni) in risposta ad un quesito in tema di *part-time* e i suoi effetti sulle ferie, in data 19 ottobre 2015 ha rilevato che per il *part-time* orizzontale spettano ferie piene; analoghe considerazioni sono state avanzate con riguardo alla fruizione dei permessi per motivi personali. Per la qualificazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. a tempo parziale orizzontale e verticale, cfr.

condo l'art. 5, co. 1 del D.Lgs. n. 81/2015, applicabile anche al settore pubblico). La nuova disciplina si differenzia dunque dalla precedente (D.Lgs. n. 61/2000) che, all'art. 10, co. 1, sanciva l'inapplicabilità della forma scritta *ad probationem* per i dipendenti pubblici (con la conseguenza che la forma scritta del contratto a tempo parziale doveva essere considerata *ad substantiam*, cioè ai fini della validità stessa del contratto)²⁰.

Il contratto a tempo parziale deve, inoltre, indicare puntualmente

Cass. 3 luglio 2014, n. 15216, in "Repertorio del Foro italiano", 2015, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, nn. 306-307; Cass. 23 gennaio 2014, n. 1424, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2014, p. 149, relativa al lavoro a tempo parziale verticale nel c.c.n.l. comparto Ministeri.

²⁰ Peraltro, in coerenza con la peculiarità della struttura normativa ed organizzativa pubblica, non si applica al settore pubblico l'art. 10, co. 1, D.Lgs. n. 81/2015, che detta la disciplina sanzionatoria (conversione del *part time* in rapporto di lavoro a tempo pieno) nel caso di mancanza della prova. Com'è noto, la forma scritta del contratto *ad probationem* implica che, in caso di mancanza della prova, non si configura la nullità del contratto medesimo, ma soltanto limitazioni alla prova testimoniale (art. 2725 cod. civ.). In particolare, qualora la scrittura del contratto risulti mancante, le parti non possono ricorrere alla prova per testimoni, a meno che "il contraente dimostri di avere senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova" (c.d. smarrimento incolpevole del documento ex art. 2724, n. 3, cod. civ.). La nuova disposizione differisce parzialmente dalla precedente (art. 8, co. 1, D.Lgs. n. 61/2000), anzitutto, in quanto la sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno è dichiarata a partire "dalla data della pronuncia giudiziale" anziché dalla "data in cui la mancanza della scrittura sia giudizialmente accertata"; e, in secondo luogo, perché la norma precedente manteneva "fermo il diritto alle retribuzioni dovute per le prestazioni effettivamente rese antecedentemente alla data suddetta"; mentre quella attualmente vigente unisce alla retribuzione il versamento dei contributi previdenziali. Non è, poi, applicabile all'impiego pubblico la disciplina sanzionatoria prevista nell'ipotesi di contratto scritto nel quale non sia determinata la durata della prestazione lavorativa o non venga specificata la collocazione temporale dell'orario. Nel primo caso (mancata indicazione della durata), su richiesta del lavoratore, il giudice dichiara la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla pronuncia (art. 10, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015); nel secondo (omessa indicazione della collocazione temporale), è demandata al giudice la determinazione delle "modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale, tenendo conto delle responsabilità familiari del lavoratore interessato e della sua necessità di integrazione del reddito mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro". Inoltre, in ambedue le ipotesi, il prestatore ha diritto, per il periodo antecedente alla determinazione giudiziale, "in aggiunta alla retribuzione dovuta per le prestazioni effettivamente rese, ad un'ulteriore somma a titolo di risarcimento del danno" (art. 10, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015); mentre, per il caso di "svolgimento di prestazioni in esecuzione di clausole elastiche senza il rispetto delle condizioni, delle modalità e dei limiti previsti dalla legge o dai contratti collettivi", il lavoratore ha diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta, a titolo di risarcimento del danno, ad una ulteriore somma, anch'essa non quantificata e più generica rispetto alla precedente, mancando il riferimento alle prestazioni effettivamente rese (art. 10, co. 3, D.Lgs. n. 81/2015).

L'art. 10, co. 2, del nuovo Decreto, inoltre, non dispone più che il giudice decida secondo i criteri contemplati dal contratto collettivo e, in mancanza, con valutazione equitativa, ma soltanto sulla base dei criteri sopraesposti, i quali, peraltro, essendo stato cancellato l'inciso "in particolare" (previsto dall'art. 8, co. 2, D.Lgs. n. 61/2000), sono oggi tassativi.

la “durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell’orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all’anno”²¹ (art. 5, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015). E, quale ulteriore elemento di flessibilità del tempo di lavoro, che consente all’impresa di aumentare la durata della prestazione lavorativa in situazioni contingenti, senza una modifica stabile dell’orario, è prevista la possibilità per il datore di lavoro di richiedere, per ogni tipologia di *part time*²², sia il lavoro straordinario ai sensi dell’art. 1, co. 2, lett. c), D.Lgs. n. 66/2003²³ (art. 6, co. 3, D.Lgs. n. 81/2015), sia il lavoro supplementare (art. 5, co. 1, D.Lgs. n. 81/2015).

Con particolare riguardo a tale ultimo istituto, “nel rispetto” di quanto previsto dalla contrattazione collettiva (di qualsiasi livello)²⁴ ed entro i limiti dell’orario normale di lavoro per il tempo pieno (di cui all’art. 3, D.Lgs. n. 66/2003), il datore di lavoro, sia privato che pubblico, può chiedere lo svolgimento di prestazioni supplementari (per singole giornate, settimane o mesi), eseguite oltre l’orario di lavoro concordato fra le par-

²¹ Nel caso di organizzazione del lavoro in turni, l’indicazione della durata e della collocazione temporale può “avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite” (art. 5, co. 3).

²² Ciò, in quanto, come detto, il nuovo Decreto ha cancellato la suddivisione del lavoro a tempo parziale in orizzontale, verticale e misto. Diversamente, nel passato regime, il ricorso al lavoro supplementare era consentito soltanto nell’ipotesi di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale *ex art.* 3, co. 1, D. Lgs. n. 61/2000 ed il lavoro straordinario era previsto nel *part time* verticale o misto *ex art.* 3, co. 5, D.Lgs. n. 61/2000.

²³ Rientrano in questa nozione “il lavoro prestato oltre l’orario normale di lavoro” (40 ore), così come definito dagli artt. 1, co. 2 e 3, D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66.

²⁴ Non si applicano all’impegno pubblico le norme sul lavoro supplementare, nell’ipotesi in cui manchi una disciplina collettiva sul punto. In mancanza di tale disciplina, la legge attribuisce al **datore di lavoro la possibilità di ricorrere a prestazioni supplementari** retribuite con una maggiorazione del 15% della “retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell’incidenza della retribuzione delle ore supplementari sugli istituti retributivi indiretti e differiti”. Detta percentuale non si applica sull’intera retribuzione, bensì soltanto su quella relativa alle ore di lavoro supplementare cioè alle ore aggiunte (Cosi, S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 31). Le prestazioni vanno svolte **in misura non superiore al 25% delle ore di lavoro settimanali concordate**. Il lavoratore, peraltro, può rifiutarne lo svolgimento, purché il suo rifiuto sia “giustificato da comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale” (art. 6, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015). Come si vede, nell’ipotesi esaminata, l’ammissibilità della richiesta di lavoro supplementare non è più condizionata, come in passato, al mero consenso del lavoratore (v. art. 3, co. 3, D.Lgs. n. 61/2000), il quale è tenuto a svolgerlo salvo che dimostri, con onere a suo carico, eventuali esigenze “qualificate” (nell’ambito di una serie di ipotesi preselezionate dal legislatore e cioè: “comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale”) incompatibili con la richiesta del lavoro supplementare e, quindi, tali da giustificare il rifiuto stesso. Sul tema, v. S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 29.

ti (art. 6, co. 1, D.Lgs. n. 81/2005)²⁵. Ed è di generale applicazione la previsione secondo cui “Il rifiuto del lavoratore di concordare variazioni dell’orario di lavoro non costituisce giustificato motivo di licenziamento” (art. 6, co. 8, D.Lgs. n. 81/2015)²⁶.

Il Decreto n. 81/2015 introduce una maggiore liberalizzazione del lavoro supplementare rispetto al passato regime (D.Lgs. n. 61/2000). La nuova disciplina, infatti, non dispone più che i contratti collettivi definiscano le causali in relazione alle quali è consentito al datore di lavoro di richiedere lo svolgimento di lavoro supplementare (e le conseguenze del superamento delle ore di lavoro supplementare). Si è dunque eliminata l’attribuzione per legge, alla sede collettiva, di stabilire le specifiche ragioni legittimanti l’uso del lavoro supplementare, ampliandone la possibilità di utilizzo (con la conseguenza che, qualora in tale sede siano disciplinate anche le causali, la disposizione avrà valore contrattuale e non di legge). Resta comunque ferma la possibilità, per i contratti collettivi, di fissare il numero massimo delle ore di lavoro supplementare effettuali (art. 6, co. 1, D.Lgs. n. 81/2015).

3. Variabilità dell’orario di lavoro e clausole elastiche

Un’ importante innovazione introdotta dal D.Lgs. n. 81/2015 riguarda la nuova disciplina delle clausole elastiche. Nell’area pubblica, come in quella privata, è possibile variare la durata e la collocazione temporale della prestazione a tempo parziale, mediante la stipulazione di specifici accordi, sottoscritti dal lavoratore, che consentono al datore di lavoro di cambiare l’orario di lavoro del dipendente, allungando la sua durata oppure spostando la collocazione temporale della prestazione.

Scompare pertanto la distinzione tra clausole flessibili ed elastiche

²⁵ Risulta così “sfumata” la distinzione pratica ed operativa rispetto alle “clausole elastiche” sicché spetterà ai contratti collettivi stabilire la concreta differenziazione dei due istituti. In questo senso, M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro, Adapt labour studies e-book series*, 2015, n. 45, p. 10.

²⁶ Tale disposizione si differenzia dalla previsione contenuta nel richiamato art. 3, co. 3, D.Lgs n. 61/2000, il quale, nell’ipotesi di prestazione di lavoro supplementare “non prevista e regolamentata dal contratto collettivo”, tutelava il rifiuto del dipendente di prestare il necessario consenso allo svolgimento di tale modalità lavorativa, stabilendo che “Il rifiuto da parte del lavoratore non può integrare in nessun caso (*quindi, ad es. anche in ipotesi di reiterazione illegittima del lavoro supplementare*), gli estremi del giustificato motivo di licenziamento”.

contemplata nel vecchio regime²⁷. Ed è previsto, invece, il ricorso ad un'unica tipologia di clausola (elastica), comprendente sia le variazioni in aumento della prestazione concordate, sia le modifiche della collocazione della prestazione²⁸.

Le clausole elastiche sono negoziate a livello individuale, devono essere stipulate in forma scritta e rispettare gli eventuali limiti previsti dai contratti collettivi (ove esistano) di qualsiasi livello applicabili al rapporto di lavoro²⁹.

Una volta sottoscritta la clausola elastica, il datore di lavoro non è tenuto a chiedere il consenso del dipendente ogni volta che intende dare applicazione all'accordo (allungando o spostando la prestazione), ma deve

²⁷ L'art. 3, co. 7, D.Lgs. n. 61/2000, prevedeva la possibilità, per le parti, di concordare "clausole flessibili relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione stessa" e, soltanto nei rapporti di lavoro a tempo parziale di tipo verticale o misto, "clausole elastiche relative alla variazione in aumento della durata della prestazione lavorativa". Oggi queste ultime "assorbono" anche le clausole flessibili e ricomprendono tanto la variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa quanto la variazione in aumento della sua stessa durata. La decadenza della diversa regolamentazione delle clausole elastiche e flessibili (di cui all'abrogato D.Lgs. n. 61/2001) è peraltro insita nella cancellazione, da parte del D.Lgs. n. 81/2015 (art. 5, co. 2), della articolazione del *part time* in orizzontale, verticale e misto.

²⁸ In base all'art. 6, co. 4, D.Lgs. n. 81/2015, nel rispetto di quanto stabilito dalla contrattazione collettiva, ove esista, le parti del contratto di lavoro *part time* hanno facoltà di "pattuire, per iscritto", clausole elastiche relative alla variazione in aumento della durata della prestazione lavorativa o della sua collocazione temporale.

²⁹ La vecchia disciplina non consentiva la pattuizione delle clausole in assenza di regole collettive. La nuova, invece, consente di stipulare tali clausole anche nei casi in cui non esista un contratto collettivo (art. 6, co. 6, D.Lgs. n. 81/2015). Nell'ipotesi in cui manchi una disciplina collettiva non sono però applicabili all'impiego pubblico le regole valide per il settore privato. In quest'area, in un'ottica di deflazione del contenzioso, di contrasto agli abusi nell'utilizzo improprio dei contratti "flessibili" e di verifica della genuinità del consenso prestato dal lavoratore, le parti possono concordare clausole elastiche (sempre per iscritto) davanti alle commissioni di certificazione ("con facoltà del lavoratore di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro" - art. 6, co. 6); inoltre, le clausole devono prevedere, "a pena di nullità", la misura massima dell'aumento, che non può eccedere il limite del 25% della normale prestazione annua a tempo parziale, nonché le condizioni e le modalità con le quali il datore di lavoro, previo preavviso di due giorni lavorativi, può variare la prestazione o modificarne la collocazione temporale". Le modifiche dell'orario di lavoro determinano il diritto del lavoratore ad una maggiorazione del 15% della "retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione sugli istituti retributivi indiretti e differiti" (art. 6, co. 6, D.Lgs. n. 81/2015). Al riguardo, si ritiene che, come per il lavoro supplementare, tale percentuale non si applichi sull'intera retribuzione, bensì soltanto su quella delle ore di lavoro relativamente alle quali è stata effettivamente praticata la variazione dell'orario (Cosi', S. BELLOMO, *op. cit.*, pp. 31-32).

rispettare un termine di preavviso minimo di due giorni lavorativi, “fatte salve le diverse intese fra le parti” (che, data la formula utilizzata, potranno prevedere anche un preavviso minore di due giorni) e deve riconoscere specifiche compensazioni, “nella misura ovvero nelle forme determinate dai contratti collettivi” (ad es. maggiorazioni economiche o riposi) (art. 6, co. 5, D.Lgs. n. 81/2015). Tale compenso potrà sorgere sia in seguito all’effettivo esercizio della variazione dell’orario sia in ragione della mera manifestazione di disponibilità alla variazione stessa (con potenziale limitazione dello svolgimento, da parte del dipendente, di altre attività lavorative, fonti di guadagni ulteriori).

Si prevede poi la possibilità di un “ripensamento” del lavoratore il quale, per motivi di salute o familiari (di cui agli artt. 8, co. da 3 a 5, D.Lgs. n. 81/2015) e per ragioni di studio (di cui all’art. 10 Stat. lav.), può revocare il proprio consenso alla clausola elastica³⁰; nonché la garanzia che l’eventuale rifiuto del prestatore a pattuire variazioni dell’orario di lavoro³¹ “non costituisce giustificato motivo di licenziamento” (art. 6, co. 8, D.Lgs. n. 81/2015).

4. Trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale e diritto di precedenza

In entrambe le aree, privata e pubblica, è ammessa la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale³² (art. 8, D.Lgs. n. 81/2015). In particolare, il nuovo Decreto fissa alcuni importanti principi che sono comuni ai due settori e che riguardano la disciplina in tema di: **a)** richiesta della **forma scritta** per l’atto che san-

³⁰ La possibilità di recesso dal patto di stabilità era già stata prevista, soppressa e reintrodotta con modalità differenti nelle diverse versioni del D.Lgs. n. 61/2000. Oggi viene ampliata la platea dei lavoratori ai quali è consentito revocare il consenso al lavoro elastico, con l’inclusione dei lavoratori affetti da gravi patologie croniche degenerative. In generale, sul c.d. ripensamento del lavoratore, V. LECCESE, *A volte ritornano: il “diritto di ripensamento” nel lavoro a tempo parziale in Flessibilità e tutele del lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di P. CHIECO, Bari, Cacucci, 2013, p. 93 ss.

³¹ Stante l’ampiezza del termine “variazioni” e la collocazione della disposizione (il co. 8 è parte di una disposizione, l’art. 6, intitolata “lavoro supplementare, lavoro straordinario, clausole elastiche”), il rifiuto “protetto” può riguardare una qualunque delle “variazioni” contemplate dall’art. 6 (D.Lgs. n. 81/2015).

³² V., per il vecchio regime, Cass. 13 ottobre 2011, n. 21036, in “Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, 2011, p. 753, in tema di condizioni previste per la trasformazione del rapporto di lavoro a *part time* in quello a tempo pieno dei dipendenti del comparto Ministeri.

cisce la trasformazione del rapporto (art. 8, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015); viceversa, per la trasformazione a tempo pieno di un rapporto a tempo parziale non sono previsti obblighi di forma; **b) tutela del rifiuto** del lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale o, viceversa, nel senso che tale rifiuto “non costituisce giustificato motivo di licenziamento” (art. 8, co. 1, D.Lgs. n. 81/2015)³³; **c) informazione** al personale già dipendente con rapporto a tempo pieno circa le assunzioni di personale a tempo parziale³⁴; **d) diritto alla “presa in considerazione”** delle domande di trasformazione a tempo parziale presentate dai prestatori a tempo pieno (art. 8, co. 8, D.Lgs. n. 81/2015); **e) diritto alla trasformazione** per lavoratori gravemente malati (affetti da **patologie oncologiche e cronico degenerative ingravescenti**³⁵) e **diritto alla ritrasformazione** (da parte di tali lavoratori, ove ne facciano richiesta) del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale (art. 8, co. 3)³⁶; **f) diritto alla priorità nella trasformazione**

³³ Cass. 27 ottobre 2015, n. 21875, secondo cui è illegittimo il licenziamento di un dipendente solo perché rifiuta la trasformazione a tempo parziale del proprio rapporto di lavoro. Piuttosto, secondo la Corte (che richiama al riguardo l’art. 5 dell’abrogato D.Lgs. n. 61/2000 e la direttiva comunitaria sul lavoro a tempo parziale 15 dicembre 1977, n. 81), il datore di lavoro ha l’onere di dimostrare, in tale situazione, l’esistenza di esigenze produttive contrarie alla permanenza a tempo pieno del rapporto di lavoro, poichè sussiste, comunque, il diritto del datore di lavoro, nell’esercizio delle proprie prerogative imprenditoriali, di poter procedere ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo in presenza di una comprovata crisi finanziaria e di una conseguente necessità di contenimento dei costi.

³⁴ La comunicazione, ai fini di valutazione, delle disponibilità espresse dai lavoratori occupati a tempo pieno è disciplinata in termini pressoché invariati rispetto all’abrogato art. 5, co. 3, D.Lgs. n. 61/2000 (manca soltanto la rimessione ai contratti collettivi dei criteri applicativi): il datore di lavoro che intenda assumere a tempo parziale deve “dare tempestiva informazione al personale già dipendente con rapporto a tempo pieno occupato in unità produttive site nello stesso ambito comunale, anche mediante comunicazione scritta in luogo accessibile a tutti nei locali dell’impresa” (art. 8, co. 8, D.Lgs. n. 81/2015).

³⁵ Il concetto d’ingravescenza si differenzia dalla mera cronicità. Sul punto, v. S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 33 e gli ampi richiami ivi.

³⁶ A tali ipotesi, inoltre, si aggiunge quanto disposto dall’art. 24, co. 6, D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 80, contenente “misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro”, che estende il diritto alla trasformazione del rapporto a tempo pieno in lavoro a tempo parziale alle lavoratrici vittime di violenze di genere, inserite nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere. Il rapporto di lavoro a tempo parziale deve essere, poi, nuovamente trasformato, a richiesta della lavoratrice, in rapporto di lavoro a tempo pieno.

La previsione dei diversi diritti di trasformazione di cui all’art. 8, D.Lgs. n. 81/2015 è in linea con quanto stabilito dall’art. 7, co. 3, D.Lgs. n. 165/2001, secondo cui le Pubbliche Amministrazioni individuano i criteri di priorità nell’impiego flessibile del personale, sempre tenuto conto dell’organizzazione degli uffici e del lavoro, a favore dei dipendenti svantaggiati per motivi personali, sociali e familiari e impegnati in attività di volontariato.

per chi assiste tali malati, per genitori con figli conviventi fino a 13 anni o portatori di handicap (se richiedenti) (art. 8, co. 4 e 5)³⁷; **g) diritto alla sostituzione del congedo parentale** con la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, “purché con una riduzione d’orario non superiore al 50 per cento”³⁸. In altri termini, il lavoratore può richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale per tutto il periodo corrispondente al congedo non fruito, per una sola volta e con una diminuzione dell’orario non superiore al cinquanta per cento (art. 8, co. 7, D.Lgs. n. 81/05). Si tratta di un diritto del lavoratore, attribuito nel solco di una maggiore sensibilità verso le esigenze di conciliazione tra vita e lavoro, al quale il datore di lavoro deve dar corso entro quindici giorni dalla richiesta (art. 8, co. 7, D.Lgs. n. 81/05); **f) diritto di precedenza** del lavoratore il cui rapporto sia trasformato da tempo pieno in tempo parziale “**nelle assunzioni con contratto a tempo pieno** per l’espletamento delle stesse mansioni o di mansioni di pari livello e categoria legale rispetto a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale” (art. 8, co. 6)³⁹. Tale previsione appare conforme al nuovo testo dell’art. 2103 cod. civ., come riformulato dall’art. 3, D.Lgs. n. 81/2015, in attuazione dell’art. 1, co.7, lett. e), L. delega n. 183/2014. La garanzia ri-

³⁷ Il diritto a fruire di “orari di lavoro flessibili” è previsto anche a favore dei “familiari fino al primo grado di studenti del primo ciclo dell’istruzione con DSA (*disturbi specifici di apprendimento, quali la dislessia, la disgrafia, la disortografia e la discalculia* ex art. 1, co.1, L. 8 ottobre 2010, n. 170) impegnati nell’assistenza alle attività scolastiche a casa” (art. 6, co. 1, L. n. 170/2010). Ai sensi dell’art. 6, co. 2, L. n. 170/2010, “le modalità di esercizio del diritto di cui al comma 1 sono determinate dai contratti collettivi nazionali di lavoro dei comparti interessati e non devono comportare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”.

³⁸ Il diritto al congedo parentale, come noto, è attribuito alle lavoratrici ed ai lavoratori dagli artt. 32-38, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (come revisionato dal D. Lgs. n. 80/2015, in attuazione dell’art. 1, co. 8 e 9, L. delega n. 183/2014). Il rinvio, operato dalla legge (art. 8, co. 7) al capo V di tale Decreto consente di riferirsi a detta disciplina in materia di durata, condizioni di riconoscimento e modalità e tempi della richiesta.

³⁹ L’art. 8, co. 6, D.Lgs. n. 81/2015 (per il quale: “Il lavoratore il cui rapporto sia trasformato da tempo pieno in tempo parziale ha diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno per l’espletamento delle stesse mansioni o di mansioni di pari livello e categoria legale rispetto a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale) non ripropone la abrogata disposizione, contenuta nell’art. 8, co. 3, D.Lgs. n. 61/2000, secondo cui per il caso di violazione, da parte del datore di lavoro, del diritto di precedenza (stabilito dal contratto individuale), il lavoratore aveva “diritto al risarcimento del danno in misura corrispondente alla differenza fra l’importo della retribuzione percepita e quella che gli sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio al tempo pieno nei sei mesi successivi a detto passaggio”. Anche se non *pre-quantificato e limitato* per legge, nell’ipotesi di violazione del diritto di precedenza sarà comunque dovuto al lavoratore un risarcimento di ammontare variabile in base al danno effettivamente subito.

sulta ampliata rispetto al vecchio regime ed è priva (come in passato) di un limite temporale massimo. Con la conseguenza che il diritto di precedenza può essere fatto valere anche dopo un considerevole lasso di tempo rispetto al momento della nuova assunzione⁴⁰.

Il Decreto n. 80/2015 non ripropone l'obbligo (previsto dall'abrogato art. 2 co. 2 del D.Lgs. n. 61/2000) a carico del datore di lavoro di *"informare le rappresentanze sindacali aziendali, ove esistenti, con cadenza annuale, sull'andamento delle assunzioni a tempo parziale, la relativa tipologia ed il ricorso al lavoro supplementare"*⁴¹. In materia di informazioni alle rappresentanze sindacali aziendali assumeranno quindi rilevanza esclusiva i soli obblighi eventualmente previsti in sede di contrattazione collettiva.

L'art. 12, D.Lgs. n. 81/2015, stabilisce (*ex art. 2, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001*) che le disposizioni estese al settore pubblico *"si applicano, ove non diversamente disposto, anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche..... e, comunque, fermo restando quanto previsto da disposizioni speciali in materia"*. Sicché la nuova normativa in tema di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, pur se espressamente estesa all'impegno pubblico, deve essere coordinata con i principi, tuttora vigenti, che governano la materia.

Nell'impegno pubblico, come è noto, il passaggio dal tempo pieno al tempo parziale è subordinato alla valutazione della Amministrazione/datore di lavoro (art. 1, co. 58, L. 23 dicembre 1996, n. 662, come modificato dall'art. 73, L. 6 agosto 2008, n. 133⁴² e Dip. Funz. Pub. Circ.

⁴⁰ Il datore di lavoro non può perciò opporre l'esistenza di un consenso tacito del lavoratore allo svolgimento di mansioni non corrispondenti a quelle oggetto del diritto di precedenza. Inoltre, laddove sia necessario un periodo formativo, ai sensi del co. 3, art. 2103 cod. civ. (nuovo testo), il subentro nelle mansioni (con orario) a tempo pieno non potrà essere immediato.

⁴¹ Al riguardo, occorre valutare se tale opzione comprometta il recepimento della norma europea di cui alla clausola 5 dell' Accordo Quadro allegato della direttiva 97/81/CE, secondo la quale i datori di lavoro, *"per quanto possibile (...), dovrebbero prendere in considerazione (...) la diffusione, agli organismi esistenti rappresentanti i lavoratori, di informazioni adeguate sul lavoro a tempo parziale nell'impresa"*.

⁴² L'art. 73, L. 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, modificando il richiamato art. 1, co. 58, L. n. 662/1996, ha concesso alla Pubblica Amministrazione la facoltà di valutare entro sessanta giorni dalla domanda di *part time* se accoglierla o meno e, segnatamente, di ricusare la trasformazione in tal senso del rapporto, non solo nel caso in cui l'attività lavorativa (ulteriore) di lavoro autonomo o subordinato comporti un conflitto di interessi con la specifica attività di servizio svolta dal dipendente, ma anche tutte le volte che la trasformazione implichi, in relazione alle mansioni e alla posizione organizzativa ricoperta dal dipendente, un pregiudizio alla funzionalità dell'Amministrazione stessa, determinando una compressione dell'interesse organizzativo e gestionale di quest'ultima.

30 giugno 2011, n. 9) la quale, nell'esercizio del potere di gestione del personale, in cui rientrano l'attribuzione e revoca dell'incarico ed il ricorso al *part time*, pur rispondendo non ad uno schema pubblicistico, bensì a quello dei poteri privati⁴³, deve confrontarsi con la particolare considerazione che l'ordinamento attribuisce all'organizzazione degli uffici pubblici secondo opzioni di ordine costituzionale, quali i principi di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione (artt. 51, 97⁴⁴ e 98 Cost. e L. 7 agosto 1990, n. 241), nonché della realizzazione delle esigenze dell'utenza, unitamente alla garanzia del "giusto procedimento", basato su atti motivati e scelte trasparenti e verificabili, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale (sentenze 23 marzo 2007, nn. 103 e 104)⁴⁵.

Gli interventi in direzione della flessibilità dell'impiego pubblico appaiono, pertanto, per un verso, inibiti dal principio di finalizzazione degli atti alla tutela dell'interesse generale e, per l'altro, (anche se volti all'ottimizzazione del piano di funzionamento degli apparati) ostacolati dal-

⁴³ La riconducibilità dell'orario di lavoro, nelle sue articolazioni di ordine quantitativo e qualitativo-distributivo (si pensi, oltre che al lavoro a tempo parziale, all'articolazione fra orario di lavoro, orario di servizio e orario di apertura al pubblico degli uffici, di cui all'art. 22, co. 3, L. 23 dicembre 1994, n. 724), agli obblighi contrattualmente assunti nel rapporto, pur nell'ambito dei limiti esterni rappresentati dall'organizzazione lavorativa (riservati all'azione legislativa), comporta la sottoposizione delle parti agli obblighi interni al contratto di lavoro posti dal codice civile (principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375), i quali condizionano le opzioni organizzative e le scelte strategiche alla base dell'atto aziendale, nonché alla legislazione specifica in materia. In argomento, M. N. BETTINI, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, in "Lavoro e previdenza oggi", 2008, p. 581. Il criterio della riserva alle scelte legislative dell'assetto organizzativo "costituisce uno sbarramento alla negoziazione sindacale, invero sconosciuto all'area del lavoro privato in cui la libertà d'iniziativa, sotto il profilo dell'orario come sotto altri profili, è un valore naturale di sistema suscettibile tuttavia di essere messo in gioco secondo le convenienze del datore di lavoro privato". Così, P. SANDULLI - V. M. MARINELLI, *Orario di lavoro*, in "Enciclopedia giuridica Treccani", Roma, 2003, vol. XXI, p. 7.

⁴⁴ In tema, v. A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2007, I, p. 301.

⁴⁵ Corte Cost. 23 marzo 2007, nn. 103 e 104, in "Il Foro italiano", 2007, I, c. 1630, con nota di D. DALFINO, *Dirigenza regionale e locale di vertice: il metodo delle relazioni tra politica e amministrazione e il giusto procedimento*; in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2007, p. 324, con nota di A. VALLEBONA, *Spoils system: solo per il vertice*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2007, p. 496, con nota di G. NICOSIA, *Le opinioni della Corte Costituzionale su Spoils system, fiducia e imparzialità negli incarichi di funzione dirigenziale: il "caso speciale" è davvero speciale?*; Corte Cost. n. 103/2007, è pubblicata anche in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2007, p. 769, con nota di P. SCIORTINO, *Spoils system "una tantum": i rapporti tra politica ed amministrazione secondo la Consulta*. V. anche Direttiva della Presidenza del Consiglio, n. 10/07, punto 3.

la rigida configurazione strutturale degli uffici pubblici⁴⁶. Sicché, la valenza funzionale dell'istituto in tale settore si differenzia da quella dell'area privata sotto taluni importanti aspetti.

In quest'ultima area, infatti, il *part time* rappresenta soprattutto uno strumento di flessibilità organizzativa idoneo a "ridimensionare i flussi di attività" secondo le mutevoli esigenze del mercato⁴⁷; mentre, come si è già anticipato, nell'ambito del lavoro pubblico, la riduzione del tempo lavorativo ha finora costituito, prevalentemente, un mezzo di contenimento della spesa per il personale⁴⁸, ponendosi altresì come una modalità di superamento del regime d'incompatibilità dei dipendenti pubblici⁴⁹.

Ciò spiega in parte perché il complesso sistema di regole posto a fondamento del lavoro a tempo parziale in tale settore, pur se coerentemente basato sull'obiettivo della flessibilizzazione delle modalità temporali della prestazione, appare frammentato⁵⁰ e bisognoso di una rielaborazione delle strutture amministrative, ancora modellate sull'esclusiva considerazione dell'orario pieno, mediante l'istituzione di posizioni di lavoro a tempo parziale nell'ambito delle dotazioni organiche, soprattutto per quei profili e quelle funzioni che effettivamente potrebbero avvantaggiarsi della riduzione dell'orario di lavoro.

5. Volontarietà della trasformazione e intervento della Corte di Giustizia UE

In questo quadro, rivestono un particolare rilievo le modifiche alla disciplina della trasformazione del rapporto di lavoro da *full time* a *part*

⁴⁶ V. C. D'ORTA, *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2000, p. 515, il quale, circa le ragioni della difficile applicazione alla P.A. di criteri flessibili, fa riferimento anzitutto alla scarsa riflessione sulla flessibilità delle funzioni e dell'organizzazione, da un lato, e flessibilità di lavoro, nonché alla "tradizionale vischiosità dei comportamenti delle amministrazioni, talora impreparate, spesso restie e, comunque, quasi sempre lente ad adottare nuovi moduli organizzativi e gestionali; vischiosità favorita dalla carenza di regolamentazione, da parte degli accordi sindacali, sulle modalità per la concreta trasposizione e l'adattamento nella P.A., degli istituti dell'ordinamento generale in tema di lavoro flessibile....".

⁴⁷ Cfr. V. FERRANTE, *Lavoro a tempo parziale* [voce aggiornata 2008], in "Enciclopedia giuridica Treccani", Roma, vol. XVIII.

⁴⁸ In questo senso, R. VOZA, *Il lavoro a tempo parziale e il regime delle incompatibilità*, loc. cit.

⁴⁹ Di qui, l'opzione metodologica della nostra indagine di separare la trattazione del lavoro a tempo parziale di area privatistica da quello del pubblico impiego.

⁵⁰ Uno degli effetti della crisi generale del sistema economico è una legislazione lavoristica "ondivaga". Lo rileva L. CALAFÀ, *I contratti a orario ridotto*, cit., p. 1201.

*time*⁵¹ (art. 58, co. 1, L. 23 dicembre 1996, n. 662, come modificato dall'art. 73, L. 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del D.L. 25 giugno 2008, n. 112) – applicabile, come accennato (v. precedente nota 9), anche ai dirigenti (art. 1, co. 57) - sfociate nel superamento della precedente regolamentazione, fondata sul c.d. principio di “automaticità” della trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale.

Allo stato attuale, infatti, a fronte di un'istanza presentata dal lavoratore, la trasformazione non avviene in modo automatico, né l'Amministrazione ha l'obbligo di accoglierla; quest'ultima, infatti, ha il potere di valutare i presupposti della trasformazione che “può” essere concessa entro 60 giorni dalla richiesta del dipendente”. In sintesi, la trasformazione in parola è subordinata alla valutazione ed al consenso dell'Amministrazione Pubblica interessata, che decide in base alle proprie esigenze di funzionalità, senza subire compressioni del proprio interesse organizzativo e gestionale⁵².

Il passaggio al nuovo regime non è stato agevole. Successivamente all'abolizione dell'automatismo nel passaggio al *part time*, è intervenuto l'art. 16 della Legge n. 183 del 2010, che ha previsto la possibilità di rinnovare la valutazione, ad iniziativa delle Pubbliche Amministrazioni, dei rapporti di lavoro già trasformati da *full time* a *part time*, alla stregua del disposto originario dell'art. 1, co. 58, della Legge n. 662 del 1996. In forza dell'art. 16, la riconferma di tali provvedimenti poteva essere negata nell'arco temporale di un semestre. Solo, però, quando questi fossero tali da arrecare alla funzionalità dell'Amministrazione un pregiudizio analogo a quello che precludeva la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale secondo le nuove disposizioni⁵³.

⁵¹ In tema, M. G. MURRONE, *La trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno in tempo parziale nelle pubbliche amministrazioni*, in *La Terza Riforma del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, a cura di F. CARINCI, S. MAINARDI, Milano, Ipsoa, 2011, p. 578; Id., *Part time e diritto al “ripensamento” del datore di lavoro pubblico: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *“Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni”*, 2011, p. 94.

⁵² Nel regime precedente alla riforma del 2008, l'art. 1, co. 58, L. n. 662/1996, riconosceva ai lavoratori pubblici un vero e proprio diritto potestativo alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. L'Amministrazione poteva rifiutare tale trasformazione solo in caso di conflitto d'interessi con la specifica attività di servizio del dipendente e, pur in presenza di grave pregiudizio alla funzionalità dell'organizzazione, poteva soltanto differirla per un periodo massimo semestrale, ma non negarla.

⁵³ V. Corte Cost. 19 luglio 2013, n. 224, in *“Rivista italiana di diritto del lavoro”*, 2014, II, p. 320, con nota di E. PASQUALETTO, *Il potere di nuova valutazione dei part time già concordati con la PA e il ripudio della logica del consenso*. Come si vede, con la modifica al co. 58 dell'art. 1, L. 23 dicembre 1996, n. 662 ad opera dell'art. 73, L. 6 agosto 2008, n. 133, nonché a decorrere dall'entrata in vigore dell'art. 16, L. 4 novembre 2010, n. 183, sono state introdotte due

L'art. 16 della L. n. 183/2010 ha dunque introdotto, seppur in via transitoria ed eccezionale, la possibilità per le Pubbliche Amministrazioni, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge (il termine è poi scaduto il 24 maggio 2011), e nel rispetto dei principi di correttezza e di buona fede, di sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati prima del 25 giugno 2008 (data di entrata in vigore del D.L. n. 112/2008)⁵⁴.

Sul punto, è stato intentato ricorso alla Corte di Giustizia UE, sul presupposto che la previsione contenuta nella L. n. 183/2010 contrastava con la Direttiva n. 81/1997, che sancisce il principio che il lavoratore non può vedere trasformato il suo contratto di lavoro da contratto a tempo parziale in contratto a tempo pieno contro la propria volontà e che, di conseguenza, l'art.16 della L. n. 183/2010 confligge con detta Direttiva.

La pronuncia della Corte (15 ottobre 2014, c. 221/13) prosegue la li-

modifiche sostanziali al quadro normativo previgente: l'eliminazione di ogni automatismo nella trasformazione del rapporto di lavoro e l'introduzione, anche se a carattere transitorio, ormai «scaduto», del potere della Pubblica Amministrazione - datore di lavoro di rivedere, ed eventualmente modificare unilateralmente, quelle trasformazioni avvenute prima dell'entrata in vigore della L. n. 133/2008. Entrambe le previsioni normative sono state introdotte, come anche confermato dalla circolare Dip. Funz. Pub. n. 9 del 30 giugno 2011 - con il preciso intento di far fronte alle esigenze delle Pubbliche Amministrazioni di risparmio della spesa per il proprio personale, utilizzando al meglio le risorse presenti, nonché, appunto, nel quadro più generale di valorizzazione e potenziamento dei poteri datoriali del dirigente, secondo i criteri ispirativi delle recenti riforme del lavoro pubblico.

⁵⁴ Secondo Trib. Modica 17 dicembre 2011, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2012, II, p. 684, con nota di A. BUSSOLARO, *L'art. 26 del Collegato lavoro e la sospensione, in via cautelare, dell'efficacia del provvedimento di revoca dal part time*, il potere di revoca unilaterale, previsto dall'art. 16 della L. n. 183/2010, è esercitato legittimamente solo quando sussistano obiettive e non contingenti esigenze dell'Amministrazione, non altrimenti tutelabili, e sempre che detto potere sia esercitabile previa adeguata ponderazione degli interessi in conflitto, tenendo in considerazione la situazione giuridica nel frattempo maturata in capo al dipendente. È inoltre necessario che il provvedimento di modifica sia adeguatamente motivato, tanto da consentire di comprendere il percorso logico di volta in volta seguito dal datore di lavoro nonché di verificare l'effettiva sussistenza delle esigenze rappresentate dalla P.A. (Trib. Firenze 31 gennaio 2011, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2011, II, p. 586, con nota di D. COMANDÈ, *La revoca del part time dopo il Collegato lavoro: la nuova amministrazione autoritaria e la flessibilità negata*). L'atto di revoca è legittimo se sostenuto da reali ragioni di interesse pubblico, benché la relativa motivazione sia formalmente insufficiente (Trib. Firenze, ord. 7 marzo 2011, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2012, II, p. 458, con nota di A. VENTURA, *Il ripensamento del datore di lavoro pubblico: prime pronunce giurisprudenziali sul diritto di revoca del part-time già autorizzato*). Sulla base dei suddetti principi, non ha accolto la domanda del lavoratore di mantenere il precedente regime *part-time*, Trib. Padova, ord., 17 gennaio 2013, in "Rassegna di giurisprudenza del lavoro nel Veneto", 2013, I, p. 45.

nea tracciata dall'Accordo quadro europeo sul lavoro a tempo parziale⁵⁵, come dal complesso della normativa europea in tema di *part time* e articolazione dell'orario di lavoro, orientati non tanto a tracciare prescrizioni minime da imporre agli Stati membri, quanto a dare impulso indiscriminato al lavoro a tempo parziale, finalizzandolo alla promozione dell'occupazione, delle pari opportunità e della qualità del lavoro nel quadro di una più flessibile organizzazione produttiva e del bilanciamento di questa con i bisogni individuali, familiari e sociali del lavoratore.

In quest'ottica, la Corte ha ritenuto conforme alla citata direttiva n. 81/1997 (con riferimento alla clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro europeo) l'art. 16, L. n. 183/2010, affermando che "l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale.....deve essere interpretato nel senso che esso non osta, in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale, a una normativa nazionale in base alla quale il datore di lavoro può disporre la trasformazione di un contratto di lavoro da contratto a tempo parziale in contratto a tempo pieno senza il consenso del lavoratore interessato"⁵⁶.

Tale conclusione, tuttavia, nel nostro ordinamento, non sembra generalizzabile. Ciò, non solo sulla base del principio civilistico (applicabile anche al contratto di lavoro del pubblico impiegato *ex art. 2, co. 2 e 3, D.Lgs. n. 165/2001*), che non consente la variazione unilaterale dell'oggetto del contratto, ma anche perché, come si è già rilevato, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto a tempo pieno, disciplinata dal D.Lgs. n. 81/2015 e valida sia nel settore privato che in quello pubblico, richiede l'accordo tra le parti⁵⁷, espresso anche con com-

⁵⁵ Tale accordo stabilisce che "il rifiuto di un lavoratore di essere trasferito da un lavoro a tempo pieno ad uno a tempo parziale, o viceversa, non dovrebbe, in quanto tale, costituire motivo valido di licenziamento, senza pregiudizio per la possibilità di procedere, conformemente alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, a licenziamenti per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato".

⁵⁶ La sentenza della Corte di Giustizia UE 15 ottobre 2014 C-221/13 è pubblicata in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2015, p. 29, con nota di M. BROLLO, *Il potere di revoca del part-time nelle pubbliche amministrazioni supera il vaglio della Corte di Giustizia UE*; in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2014, p. 415, con nota di M. BROLLO, *È legittima la revoca del part time ex art. 16, L. n. 183/2010. La sentenza della Corte di Giustizia UE*; in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2015, p. 210, con nota di R. FRATINI, *La promozione del tempo parziale deve essere temperata con la flessibilità e l'organizzazione aziendale*; in "Diritto delle relazioni industriali", 2015, p. 275, con nota di C. GALBIANI, *Collegato lavoro e part time: il ripensamento della PA non richiede(va) il consenso del lavoratore*.

⁵⁷ Per la passata disciplina, v. Cass. 19 luglio 2011, n. 15774, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2012, II, p. 65, con nota di F. BACCHINI, *Volontà delle par-*

portamento concludente⁵⁸ ed assistito dalla garanzia che l'eventuale rifiuto del lavoratore di sottoscrivere il patto di trasformazione non costituisce di per sé giustificato motivo di licenziamento (art. 8, co.1, D.Lgs. n. 81/2015)⁵⁹.

Anche il Dipartimento della Funzione Pubblica, con la circolare n. 9/2011, ha affermato che la disposizione contenuta nella L. n. 183/2010 configura un "potere eccezionale" che ha consentito all'Amministrazione di modificare unilateralmente il rapporto di lavoro, in deroga alla regola generale di determinazione, su base consensuale, di tutti gli aspetti giuridici del contratto di lavoro; una volta scaduto il termine legale entro cui era possibile una rivisitazione unilaterale del *part time*, ogni eventuale modifica del rapporto di lavoro necessita di un accordo consensuale tra le parti, a meno che i contratti collettivi non prevedano un diritto potestativo del lavoratore alla successiva trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno.

6. La valutazione dell'Amministrazione

Nella disciplina attuale (L. n. 662/1996), il passaggio da *full time* a *part time* è subordinato alla valutazione ed al consenso dell'Amministrazione Pubblica interessata, che decide in base alle proprie esigenze di funzionalità, senza subire compressioni del proprio interesse organizzativo e gestionale. Sicché, allo stato, a fronte di un'istanza presentata dal lavoratore, la trasformazione non avviene in modo automatico, né l'Amministrazione ha l'obbligo di accoglierla⁶⁰; quest'ultima, infatti, ha il pote-

ti e trasformazione del rapporto di lavoro; Cass. 13 marzo 2009, n. 6226, in "Repertorio del Foro italiano", 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, nn. 943-944; Cass. 11 febbraio 2008, n. 3228, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2008, p. 464; Cass. 18 marzo 2004, n. 5520, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2004, I, p. 161.

⁵⁸ Cfr., sulla vecchia normativa, Min. Lav. Circ. 18 marzo 2004, n. 9, punto 6; Cass. 30 maggio 2011, n. 11905, in "Diritto e pratica del lavoro", 2012, p. 961, preceduta dalla nota di S. CAPARELLO, *Trasformazione del part-time in lavoro a tempo pieno* (955).

⁵⁹ Cfr. sulla vecchia (ma per questo aspetto analoga) disciplina (D.Lgs. n. 61/2000), Cass. 17 luglio 2006, n. 16169, in "Repertorio del Foro italiano", 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 950. V. anche Cass. 14 luglio 2014, n. 16089, in "Guida al lavoro", 2014, n. 31, p. 12, secondo cui non è consentito ai contratti collettivi aziendali trasformare a tempo parziale i contratti di lavoro a tempo pieno già in atto senza il consenso scritto dei lavoratori interessati, il cui rifiuto non costituisce, comunque, giustificato motivo di licenziamento.

⁶⁰ A meno che non si tratti delle ipotesi previste dall'art. 8, co. da 3 a 7, D.Lgs. n. 81/2015 (malati oncologici, ecc.) e salvo garantire di avere "preso in considerazione" le domande di trasformazione a tempo parziale presentate dai prestatori a tempo pieno (art. 8, co. 8, D.Lgs. n. 81/2015).

re di valutare i presupposti della trasformazione che “può essere concessa entro 60 giorni dalla richiesta del dipendente”.

La domanda del dipendente potrà quindi essere accolta solo ove, in relazione alle mansioni e alla posizione organizzativa dal medesimo ricoperte, la trasformazione non rechi pregiudizio alla funzionalità dell'Amministrazione stessa, ovvero non comporti – qualora la domanda di *part-time* sia motivata dall'esigenza di effettuare un altro lavoro - un conflitto d'interessi tra l'attività lavorativa “esterna” e quella di servizio svolta per la Pubblica Amministrazione, nonché quando sia superato il limite percentuale di dotazione organica complessiva di personale a tempo pieno per ciascuna qualifica funzionale.

Pertanto, nell'istanza di trasformazione, soggetta a valutazione discrezionale dell'Amministrazione, il lavoratore deve indicare l'eventuale attività di lavoro subordinato o autonomo che intende svolgere, nonché comunicare, entro quindici giorni, all'Amministrazione di appartenenza, il successivo inizio o la variazione dell'attività lavorativa dichiarata, a pena di licenziamento per giusta causa, applicabile anche nel caso di comunicazione non veritiera (art. 1, co. 58 e 61, L. n. 662/1996).

In caso di esito negativo della valutazione, l'Amministrazione deve dare conto delle scelte effettuate mediante una dettagliata motivazione del provvedimento di diniego (Dip. Funz. Pub. Circ. n. 9/2011). A tal fine, la motivazione va fornita in termini chiari e sufficientemente puntuali, evitando l'utilizzo di clausole generali o formulazioni generiche, in modo da evidenziare in concreto le reali cause del diniego⁶¹.

Nello specifico, la valutazione dell'istanza da parte dell'Amministrazione si deve basare su tre elementi:

1. contingente di personale: la trasformazione non può essere concessa quando il contingente di personale con contratto *part-time* abbia già raggiunto la percentuale del 25% (L. 23 dicembre 1994, n. 724, art. 22, co.

⁶¹ Sull'argomento, v. D. SERRA, *Il diritto di ripensamento attribuito alle pubbliche amministrazioni in ordine alle trasformazioni già autorizzate dei rapporti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale*, in “Rivista critica di diritto del lavoro pubblico e privato”, 2010, p. 943; F. SPADA, *Riflessioni sul part time nel settore pubblico a seguito della disposizione del c.d. collegato al lavoro*, in “Rassegna dell'Avvocatura dello Stato”, 2011, p. 221.

Nel senso che il pregiudizio deve essere rilevante e in grado di colpire l'Amministrazione nel suo complesso, A. NEGRONI, *Alcune considerazioni sulle innovazioni introdotte in materia di part time...*, loc. cit. V. anche Cass. 16 luglio 2015, n. 14959, secondo cui al diniego di trasformazione del rapporto di lavoro di un dipendente della P.A. da tempo pieno a tempo parziale non è direttamente applicabile la direttiva comunitaria 1997/81 relativa all'accordo quadro 6 giugno 1997 sul lavoro a tempo parziale, allegato alla direttiva stessa.

- 20) calcolata sul numero complessivo di dipendenti a tempo pieno di ciascuna qualifica funzionale;
2. oggetto dell'attività: la trasformazione deve essere negata quando: a) il passaggio al tempo parziale è richiesto per lo svolgimento di una seconda attività (subordinata o autonoma) che risulti in conflitto di interessi con la specifica attività di servizio svolta dal dipendente; b) il dipendente richiede la trasformazione al fine di svolgere un'attività con altra Amministrazione Pubblica (a meno che non si tratti di dipendente di ente locale per lo svolgimento di prestazione in favore di altro ente locale);
3. impatto organizzativo della trasformazione: l'Amministrazione può denegare la trasformazione quando dall'accoglimento della stessa deriverebbe un pregiudizio alla funzionalità dell'Amministrazione stessa, in relazione alle mansioni e alla posizione organizzativa ricoperta dal dipendente. In altri termini, spetta all'Amministrazione - datore di lavoro il potere di stabilire la rilevanza del pregiudizio alle proprie esigenze funzionali, rapportandolo al ruolo del dipendente.

7. Prestazione ridotta e incompatibilità

Un aspetto peculiare che caratterizza il rapporto di lavoro a tempo parziale nella P. A. attiene alla complicata e composita relazione fra questa tipologia ed il regime della compatibilità con lo svolgimento di altre attività lavorative. La questione è stata oggetto di numerosi interventi legislativi, non sempre coerenti ed univoci.

In via di principio, la prestazione lavorativa del pubblico dipendente è caratterizzata dal dovere di esclusività, imposto al lavoratore all'atto di assunzione in servizio. Come si è già accennato, infatti, il rapporto di lavoro di pubblico impiego risponde a specifiche esigenze d'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, funzionali al perseguimento del pubblico interesse; esigenze che rischierebbero di essere compromesse qualora il dipendente si dedicasse ad altre occupazioni.

Di conseguenza, fatte salve alcune distinzioni ed eccezioni, in linea generale, i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni non possono svolgere attività e/o incarichi (affidati da un'altra P.A. o da un soggetto privato) non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano previsti o disciplinati dalla legge o da altre fonti normative o che non siano espressamente autorizzati dall'ente di appartenenza.

Il principio dell'incompatibilità del rapporto di pubblico impiego, salvo alcune eccezioni, è stabilito, oltre che dall'art. 98 Cost., secondo cui i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione, dall'art. 60

e seguenti del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (c.d. "Testo unico" sugli impiegati civili dello Stato), richiamato dall'art. 53, co. 1, D. Lgs. n. 165/2001.

Tuttavia, con l'introduzione, nel settore del pubblico impiego, dell'istituto del lavoro a tempo parziale (L. 29 dicembre 1988, n. 554), poi disciplinato anche dal successivo D.P.C.M. 17 marzo 1989, n. 117 (art. 6, co. 2), si è consentito al pubblico dipendente lo svolgimento di altre attività lavorative, previa autorizzazione dell'Amministrazione o ente di appartenenza ed a condizione che le attività medesime, oltre a non arrecare pregiudizio alle esigenze di servizio, non siano incompatibili con le attività dell'ente.

Successivamente, il D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, nell'avviare il processo di privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico prefigurato dalla legge delega 21 ottobre 1992, n. 421, ha concesso (art. 36, co. 2) alle Amministrazioni Pubbliche di avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego contemplate dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, includendo fra di esse il lavoro a tempo parziale nonché rinviando, per le relative regole, al richiamato D.P.C.M. n. 117/1989. In tale contesto (art. 58, co. 1, D. Lgs. n. 29/1993), vengono peraltro riconfermati, con riguardo alle incompatibilità gravanti (rispetto all'eventuale svolgimento di altra attività lavorativa) sul dipendente pubblico in regime di lavoro a tempo parziale, i criteri sanciti nell'art. 6, co. 2 del citato D.P.C.M.

Nella vigenza di questa complessa normativa, è intervenuta la L. 23 dicembre 1996, n. 662 (art. 1, co. 56 e 56-bis), la quale, con un importante cambio di rotta, ha eliminato il precedente regime di assoluta incompatibilità fra attività di impiego pubblico ed attività lavorativa, anche libero professionale, previa trasformazione della originaria occupazione a tempo pieno in occupazione a tempo parziale⁶².

L'attuale disciplina delle incompatibilità è ora contenuta nell'art. 53, D.Lgs. n. 165/2001, sull'incompatibilità, il cumulo di impieghi e gli incarichi, ai sensi del quale (co. 1) rimane ferma "per tutti i dipendenti pubblici la disciplina delle incompatibilità dettata dagli articoli 60 e seguenti del testo unico" (approvato con D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), salvo talune deroghe (v. art. 23 bis, D.Lgs. n. 165/2001), fra le quali quelle con-

⁶² Tali previsioni sono state ritenute legittime dalla Corte Cost. con sentenza 11 giugno 2001, n. 189, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2001, p. 1106, con nota di C. TIMELLINI, *Il lavoro a tempo parziale nella p.a. secondo la più recente giurisprudenza costituzionale* e con ordinanza 20 maggio 1999, n. 183, in "Il Foro italiano", 1999, I, c. 2444.

tenute nel poc'anzi richiamato art. 1, co. 56 e 56-bis, L. n. 662/1996.

La disposizione (art. 53), al co. 6, esclude altresì espressamente dal regime dell'incompatibilità (di cui ai successivi commi da 7 a 13) i "dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno", i docenti universitari a tempo definito e le altre categorie di dipendenti pubblici ai quali è consentito da norme speciali lo svolgimento di attività libero-professionali⁶³.

Tale affievolimento della incompatibilità è però "circondato", come si è già visto, da una serie di cautele. Il lavoratore deve infatti ottenere l'autorizzazione della Amministrazione, che potrà negarla nel caso in cui l'ulteriore attività di lavoro autonomo o subordinato comporti un conflitto d'interessi con la specifica attività di servizio svolta dal dipendente, oppure comporti, in relazione alle mansioni ed alla posizione organizzativa ricoperte dal dipendente, pregiudizio alla funzionalità dell'Amministrazione stessa. La trasformazione del rapporto fra *full time* e *part time* deve poi essere valutata anche in ragione del limite percentuale della dotazione organica di personale con contratto *part time*.

8. Attività libero professionale del dipendente pubblico

Al fine d'incentivare il ricorso al lavoro a *part time*, in ragione dei noti scopi occupazionali e di contenimento della spesa pubblica, il legislatore aveva stabilito che il dipendente *part time* con orario non superiore al 50% di quello a tempo pieno poteva iscriversi in albi professionali e, dunque, non era soggetto al regime d'incompatibilità.

Più specificamente, secondo l'art. 1, co. 56, L. n. 662/1996: "le disposizioni di cui all'articolo 58, comma 1, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni (*ndr.: disciplina dell'incompatibilità*), nonché le disposizioni di legge e di regolamento che vietano l'iscrizione in albi professionali non si applicano ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno". Il che significa, per converso, che ai dipendenti che svolgono una prestazione lavorativa con orario superiore al 50% di quella a tempo pieno si applicano l'art. 58, co. 1, D.Lgs. n. 29/1993 con relative modifiche, nonché i provvedimenti di legge ed i regolamenti che vie-

⁶³ V., ad es., AUSL Regione Liguria, Delibera Dir. Gen. 29 gennaio 2014, n. 66, "Regolamento per la disciplina degli incarichi extraistituzionali svolti dal personale dipendente".

tano l'iscrizione in albi professionali.

Fa però eccezione alla compatibilità del *part time* con l'iscrizione agli albi professionali, la possibilità d'isciversi agli albi degli avvocati, nei cui confronti la disposizione in parola non trova applicazione *ex art. 1, L. 25 novembre 2003, n. 339*.

In seguito ad un serrato dibattito circa la conciliabilità o meno fra professione forense e doveri del dipendente pubblico, seppur a tempo parziale, il legislatore ha infatti reintrodotta il regime d'incompatibilità (dell'iscrizione dei dipendenti pubblici all'albo degli avvocati), a prescindere dal tipo d'impegno lavorativo (e dunque anche nell'ipotesi del *part time*), fatta eccezione per i professori di Università o di scuole secondarie statali (v. art. 3, R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificaz., in L. 22 gennaio 1934, n. 36). Con la conseguenza che i dipendenti pubblici a tempo parziale possono svolgere contemporaneamente, la generalità delle professioni, ma non quella di avvocato.

Si può dire che, fino al 2003, il legislatore ha perseguito, in controtendenza con la pregressa impostazione, due importanti obiettivi: la flessibilizzazione dell'impiego pubblico e l'accesso alle libere professioni da parte di tutti i soggetti in possesso dei requisiti richiesti, pur in un quadro di cautele e controlli volti ad evitare indebite interferenze e conflitti d'interesse. Con la Legge n. 339/2003, uno dei due pilastri, e cioè la possibilità di svolgimento della libera professione, si è sensibilmente ridotto, mentre è rimasto quello fondamentale della spinta alla flessibilizzazione.

Il nuovo regime delle incompatibilità è stato oggetto di un lungo e complesso dibattito⁶⁴ e la Corte Costituzionale, investita delle questioni di legittimità della recente normativa (ripristinatoria del divieto di esercizio della professione forense a carico dei dipendenti pubblici in *part time*), si è pronunciata a favore dell'opzione legislativa, ritenendo il divieto contenuto nella L. n. 339/2003 coerente con le caratteristiche peculiari della professione forense dell'incompatibilità con qualsiasi impiego retribuito consistente nella prestazione di opera di assistenza o consulenza legale⁶⁵.

⁶⁴ Sul punto, v. A. I. NATALI, *P.A.: dipendenti part time e professione di avvocato*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2011, p. 1180; M. MARI e A. OZZI, *Incompatibilità tra rapporto part time ed esercizio della professione forense*, in "Guida al pubblico impiego", 2012, n. 11/12, p. 60.

⁶⁵ V. Corte Cost. 21 novembre 2006, n. 390, in "Diritto e giustizia", 2006, n. 45, p. 12; Corte Cost., ord., 13 giugno 2008, n. 210, in "Giurisprudenza costituzionale", 2008, p. 2350; Corte Cost. 27 giugno 2012, n. 166, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2012, p. 1071, con nota di P. COSMAI, *La Consulta conferma il divieto di cumulo per gli avvocati pubblici*, che, richiamando la precedente sentenza n. 390/2006, ha dichiarato non fondate le questioni di

Anche la Corte di Giustizia UE 2 dicembre 2010, C-225/09, è intervenuta sul punto, affermando che: "l'art. 8 della direttiva 98/5 dev'essere interpretato nel senso che lo Stato membro ospitante può imporre agli avvocati ivi iscritti e che siano impiegati – vuoi a tempo pieno vuoi a tempo parziale – presso un altro avvocato, un'associazione o società di avvocati oppure un'impresa pubblica o privata, restrizioni all'esercizio concomitante della professione forense e di detto impiego, sempreché tali restrizioni non eccedano quanto necessario per conseguire l'obiettivo di prevenzione dei conflitti di interesse e si applichino a tutti gli avvocati iscritti in detto Stato membro". Perciò, non contrastano con il diritto comunitario e, segnatamente con gli artt. 3, n. 1, lett. g), CE, 4 CE, 10 CE, 81 CE e 98 CE, gli artt. 1 e 2 della L. n. 339/2003, ai sensi dei quali i dipendenti pubblici a tempo parziale non possono esercitare la professione forense e devono, quindi, essere cancellati dall'albo degli avvocati.

Nella stessa linea, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione 5 dicembre 2013, n. 27266, sono giunte alla conclusione che non possa dirsi "priva di qualsiasi razionalità una valutazione, da parte del legislatore, di maggiore pericolosità e frequenza dei possibili inconvenienti derivanti dalla commistione tra pubblico impiego e libera professione quando detta commistione riguardi la professione forense"⁶⁶. Esse hanno pertanto ribadito la validità del divieto sul presupposto che "l'incompatibilità tra impiego pubblico *part time* ed esercizio della professione forense ri-

legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2, della L. n. 339/2003, ritenendo che la Legge stessa incida, non tanto sulle modalità di organizzazione della professione forense (con conseguente estraneità dei principi di concorrenza tra imprese alla libera circolazione degli avvocati nella UE), quanto sul modo di svolgere il servizio presso enti pubblici, al fine del soddisfacimento dell'interesse generale all'esecuzione della prestazione di lavoro secondo canoni di imparzialità e buon andamento, oltre che ad un corretto esercizio della professione legale; Corte Cost., ord., 13 gennaio 2014, n. 3, in "Giurisprudenza costituzionale", 2014, p. 81. Cfr. anche Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 91, in "Il Foro italiano", 2013, I, c. 2089, la quale ha dichiarato illegittima la legge regionale Campania, n. 1/2009 (art. 29), secondo cui: "Nei casi in cui non ricorrono motivi di conflitto con gli interessi della Regione, l'avvocatura regionale è abilitata a svolgere attività di consulenza attraverso l'espressione di pareri e a patrocinare in giudizio gli enti strumentali della Regione e le società il cui capitale sociale è interamente sottoscritto dalla Regione".

In tema, v. le approfondite considerazioni di D. MEZZACAPO, *Problemi in tema di incompatibilità dei pubblici dipendenti: l'esercizio della professione di avvocato*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2014, p. 315 e spec. p. 325.

⁶⁶ La sentenza è pubblicata in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2014, p. 478, con nota di C. GASPARRO, *Pubblico dipendente e iscrizione all'albo degli avvocati*. Nello stesso senso, Cass. 16 maggio 2013, n. 11833, in "Repertorio del Foro italiano", 2013, voce *Avvocato*, nn. 197, 198.

sponde ad esigenze specifiche di interesse pubblico correlate proprio alla peculiare natura di tale attività privata ed ai possibili inconvenienti che possono scaturire dal suo intreccio con le caratteristiche del lavoro del pubblico dipendente”.

Secondo la S.U. della Cassazione, “la L. n. 339/2003 è finalizzata infatti a tutelare interessi di rango costituzionale quali l’imparzialità ed il buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.) e l’indipendenza della professione forense, onde garantire l’effettività del diritto di difesa (art. 24 Cost.); in particolare, la suddetta disciplina mira ad evitare il sorgere di un possibile contrasto tra interesse privato del pubblico dipendente ed interesse della P.A. ed è volta a garantire l’indipendenza del difensore rispetto ad interessi contrastanti con quelli del cliente; inoltre, il principio di cui all’art. 98 della Costituzione (obbligo di fedeltà del pubblico dipendente alla Nazione) non è facilmente conciliabile con la professione forense, che ha il compito di difendere gli interessi dell’assistito, con possibile conflitto tra le due posizioni; pertanto tale “ratio”, tendente a realizzare l’interesse generale sia al corretto esercizio della professione forense sia alla fedeltà dei pubblici dipendenti, esclude che con la normativa in oggetto si sia inteso introdurre dei limiti all’esercizio della professione forense o comunque delle modalità restrittive della organizzazione di tale attività”⁶⁷.

Il sigillo di legittimità apposto dalla giurisprudenza europea e nazionale alla L. n. 339/2003 mira a giustificare una tutela differenziata fra lavoratori svolgenti libere professioni e, più in generale, una diversità di disciplina dell’istituto fra impiego pubblico e privato. Il che suscita talune perplessità. Non sembra infatti del tutto convincente la tesi secondo cui lo svolgimento della professione di avvocato da parte del lavora-

⁶⁷ Anche il giudice comunitario ha affermato che lo Stato membro “ospitante” può legittimamente imporre limiti all’esercizio della professione forense, prevedendo fra le ipotesi d’incompatibilità anche l’impiego contestuale presso la P. A. purché le restrizioni siano orientate alla finalità di prevenire i conflitti d’interesse e che siano applicate a tutti gli avvocati iscritti nello Stato membro. V. Corte di Giustizia UE 2 dicembre 2010, C-225/09, in “Diritto e pratica del lavoro”, 2011, p. 1188, preceduta dalla nota di A.I. NATALI, *P.A.: dipendenti part time e professione di avvocato*, cit. Secondo la Corte, inoltre, la mancanza di conflitto d’interessi è indispensabile all’esercizio della professione forense e implica che gli avvocati siano indipendenti nei confronti dei pubblici poteri (v. anche sentenza 19 febbraio 2002, C. 309/99, in “Il Foro italiano”, 2002, IV, c. 186); sicché le restrizioni imposte dalla legge italiana all’esercizio della professione forense sono legittime e la L. n. 339/2003 va applicata sia agli avvocati cittadini italiani che a quelli originari di altri Stati membri, che siano però iscritti in Italia.

tore pubblico risulta impedito dal rischio di compromettere l'indipendenza del difensore (e, quindi, il diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost.), nonché dalla perdita di professionalità del lavoratore medesimo, in quanto il suo prestigio di difensore sarebbe basato solo sul suo potere nell'ambito dell'Amministrazione, con creazione di una clientela al di fuori dei canoni di corretta concorrenza e con una commistione di interessi privati in attività pubbliche.

Come aveva già rilevato la stessa Corte Costituzionale (n. 189/2001), circa la possibile violazione dei doveri propri della professione forense (rispetto del diritto di difesa), per i professionisti legati da un rapporto di dipendenza con la Pubblica Amministrazione in regime di *part-time* ridotto, non si pongono particolari esigenze che non possano trovare soddisfazione, così come per l'opera di tutti i professionisti, nella disciplina generale dell'attività da essi svolta, assistita, ove occorra, dal presidio della sanzione penale (artt. 380 e 622 cod. pen.), oltre che dalle norme deontologiche elaborate nell'ambito degli ordinamenti particolari, che valgono anch'esse ad assicurare il corretto espletamento del mandato, giustificando, nei congrui casi, l'esercizio del potere disciplinare degli organi professionali.

Non sembra poi rinvenibile "a monte" una situazione di inconciliabilità fra doveri gravanti sia sull'avvocato pubblico dipendente - questi, infatti, è titolare di un doppio obbligo di fedeltà, sia nei confronti della Pubblica Amministrazione di appartenenza -, sia nei confronti delle regole deontologiche che presiedono al corretto adempimento della professione stessa (e quindi non vi è alcuna violazione degli artt. 24 e 97 Cost.); né è riscontrabile a priori un pregiudizio al corretto funzionamento degli uffici, o una lesione dell'efficienza della Pubblica Amministrazione, in quanto, per il dipendente che richieda il regime di *part-time* ridotto, sono previsti limiti all'esercizio di ulteriori attività lavorative, e, in particolare, di quella professionale forense, che si rinvergono non solo nella l'impossibilità di un conferimento di incarichi da parte delle Amministrazioni Pubbliche in favore del *part timer* e nel contestuale divieto di esercitare il patrocinio in controversie in cui sia parte la Pubblica Amministrazione (art. 1, co. 56 *bis*, L. n. 662 del 1996), ma anche nella previsione (co. 58 del medesimo articolo) che consente la valutazione in concreto dei singoli casi di conflitto di interesse, nonché nella riserva alle medesime Amministrazioni Pubbliche della potestà di indicare le attività «comunque non consentite» in «ragione della interferenza con i compiti istituzionali» (co. 58-*bis*) e nel divieto, per i pubblici dipendenti, di espletare, nell'ambito territoriale del proprio ufficio, incarichi professionali per conto delle Amministrazioni di appartenenza (art. 18, co. 2 *ter*, L. n.

109/1994)⁶⁸.

In realtà, oltre alle considerazioni critiche che possono essere mosse su singole tematiche come quella della incompatibilità, la regolamentazione complessiva dell'istituto del *part time* nel pubblico impiego, oltre ad essere notevolmente influenzata da una serie di paradigmi fondamentali determinati dalla dimensione pubblica della materia, riflette l'aspetto decisamente incerto e confuso già proprio del diritto del lavoro in generale, ormai privo del riferimento ad un modello egemone ed ancor lungi dal divenire un sistema unitario, forte ed omogeneo.

L'assetto normativo della relazione lavorativa, sia privato che pubblico, risulta a tutt'oggi smarrito in una miriade di stratificazioni successive e disorientato in "componenti plurime differenziate"⁶⁹, pur se coesistenti ed interagenti, prive di vera coerenza⁷⁰, univocità e coesione. Questo disordine poco creativo e molto distruttivo non poteva non condizionare la peculiare disciplina del lavoro nell'area pubblica, ancora "ingabbiata" in un doppio binario (troppo spesso) a direzione divergente rispetto a quella del settore privato.

Il che induce a riflettere sulla necessità di un processo di razionalizzazione della legislazione esistente in un'ottica di unitarietà normativa, nel rispetto dei vincoli ordinamentali imposti dalla Costituzione e dal diritto europeo fin dalla Direttiva CE 15 dicembre 1997, n. 81, nonché dalla Convenzione OIL n. 175/1994.

In questa direzione, valide indicazioni, in termini additivi e di qualità, possono venire dalla europeizzazione delle politiche nazionali del lavoro⁷¹, in cui il *part time* svolge un ruolo essenziale nella prospettiva

⁶⁸ In questo quadro, le parole della Corte Costituzionale n. 390/2006, *cit.*, sulla coerenza delle caratteristiche peculiari della professione forense dell'incompatibilità con qualsiasi impiego retribuito consistente nella prestazione di opera di assistenza o consulenza legale appaiono fortemente influenzate da considerazioni di carattere empirico, come emerge dalle affermazioni secondo cui la Consulta medesima reputa non arbitraria la scelta della incompatibilità in ragione della "maggiore pericolosità e frequenza" dei "possibili inconvenienti derivanti dalla 'commistione' tra pubblico impiego e libera professione forense".

⁶⁹ L'espressione è di B. CARUSO, *op. loc. cit.*

⁷⁰ La coerenza va ricercata anche rispetto alla trama di vincoli derivanti dall'Unione europea; vincoli che impongono una integrazione crescente lungo un percorso comune di valori, diritti e politiche sociali. V. ancora B. CARUSO, *op. cit.*, spec. p. 8 ss.

⁷¹ In tema, v. S. CALIANDRO, *op. loc. cit.*; S. GIUBBONI – S. SCIARRA, *Il part time in Europa, Introduzione*, in "Diritto delle relazioni industriali", 2000, p. 547; S. SCARPONI, *Luci ed ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1999, I, p. 410.

va sia della flessibilizzazione della prestazione che della conciliazione delle esigenze personali del lavoratore e delle istanze organizzative del datore di lavoro.

Nell'ambito del processo di integrazione europea (in uno con la progressiva modifica dell'apparato giuridico istituzionale degli Stati membri), la tematica del tempo di lavoro è stata oggetto di intervento da parte del legislatore comunitario, soprattutto a partire dagli anni novanta (Direttiva n. 93/104 del 23 novembre 1993), con particolare riguardo alle prescrizioni minime relative alla salute e alla sicurezza del lavoratore. Ciò, nell'ottica di un temperamento fra esigenze aziendali di ristrutturazione dei cicli di produzione ed esigenze fisiologiche del lavoratore (si pensi alla durata massima della giornata lavorativa, al lavoro notturno ed ai riposi).

I successivi interventi⁷² hanno poi dovuto affrontare il nodo del difficile equilibrio fra la tutela della persona e l'obiettivo di una maggiore flessibilità nell'utilizzo della manodopera, avviandosi ad una visione *multidimensionale*⁷³ del concetto di qualità del lavoro nell'ambito della quale, accanto al *part time*, rivestono un ruolo importante, fra gli altri, il tema della parità uomo-donna e della salvaguardia della salute nei luoghi di lavoro.

Da tale visione scaturisce un processo dinamico in continua evoluzione che lega i diritti fondamentali della persona che "lavora a contratto"⁷⁴, nel quale la modalità lavorativa a tempo parziale, anche in quanto rapporto di lavoro a tempo indeterminato, costituisce un elemento centrale di flessibilizzazione equilibrata della prestazione.

Tale processo non potrà che giungere ad una ridefinizione completa ed unitaria del trattamento economico e normativo fra *part timers* privati e pubblici, nell'ottica della strategia europea per l'occupazione⁷⁵ e

⁷² Si veda il Libro Bianco di Delors su "Crescita, competitività e occupazione" (1993), il Summit di Essen (1994) ed il processo di Lussemburgo (1997) - con particolare riferimento al terzo pilastro ed alle politiche di flessibilità, occupabilità ed adattabilità della prestazione -, il Consiglio europeo di Lisbona (23-24 novembre 2000), il vertice di Nizza (dicembre 2000), il Consiglio europeo di Stoccolma (23-24 marzo 2001). Nella strategia europea per l'occupazione riveste un particolare rilievo il Preambolo della Direttiva n. 97/181/Ce sul lavoro a tempo parziale e la Carta Europea dei diritti fondamentali, siglata a Nizza nel 2000.

⁷³ V. A. PERULLI, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2002, p. 335.

⁷⁴ Cfr. M. MAGNANI, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in "Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali", 1994, n. 15, p. 47.

⁷⁵ In tale strategia, infatti, il *part time* risponde, o perlomeno cerca di rispondere, a

in una prospettiva di revisione dell'assetto degli uffici, tuttora strutturato sull'orario pieno e sulla rigidità delle dotazioni organiche⁷⁶, in controtendenza con il principio di privatizzazione del settore pubblico e di uniformazione del medesimo a quello privato.

tre ordini di esigenze: personali del lavoratore, organizzative e produttive, e di pari trattamento/opportunità fra lavoratori (in proposito, si veda, tra l'altro, la Carta Europea dei diritti fondamentali, *cit.*). Si disegna cioè una concezione della flessibilità rimodulata in funzione della persona e non più solo dell'impresa.

⁷⁶ "Si tratta, cioè, di prendere atto che l'esigenza di forze lavorative da parte della P. A. e nel contempo le opportunità di occupazione non necessariamente devono trovare soddisfazione facendo ricorso al modello tradizionale del rapporto a tempo pieno ed indeterminato e caratterizzato da una causa esclusivamente centrata sullo scambio tra lavoro e retribuzione. Modello che, se rappresenta, probabilmente, la migliore tutela dei lavoratori occupati, comporta, altrettanto probabilmente, un sacrificio dei lavoratori inoccupati, a ragione dei limiti e dei vincoli che esso comporta rispetto alle possibilità di sviluppo di nuova occupazione" (v. G. PROIA, *Forme di impiego flessibile nel pubblico impiego*, in *Compendio di Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. SANTORO PASSARELLI, Milano, Ipsoa, 1998, p. 1723). L'istituto, oltre ad aumentare le opportunità di ingresso nell'Amministrazione, implica numerosi vantaggi, quali, ad esempio, la copertura di profili specializzati e consente una valorizzazione dell'orario di servizio, ampliando il tempo di fruibilità e l'apertura degli uffici in particolari orari e giorni (ad es. il pomeriggio), senza la necessità di ricorso al lavoro straordinario. Sul punto, v. B. IACONO, *La tipologia dei rapporti di lavoro*, in *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, a cura di L. ZOPPOLI – M. RUSCIANO, Torino, Giappichelli, 1993, p. 154.

ANTONIO FICI *

Governance e partecipazione del socio nelle cooperative di lavoro

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. I profili di *governance* nella legge 142/2001 e il ruolo della partecipazione del socio lavoratore alla gestione dell'impresa. - 3. Effettività della partecipazione dei soci e sistemi di amministrazione e controllo della cooperativa di lavoro. - 4. I sistemi di amministrazione e controllo di una cooperativa di lavoro s.p.a. - 4.1. Il sistema tradizionale tripartito. - 4.1.1. L'assemblea dei soci. - 4.1.2. Il consiglio di amministrazione. - 4.1.3. Il collegio sindacale. - 4.2. Il sistema monistico. - 4.2.1. L'assemblea dei soci. - 4.2.2. Il consiglio di amministrazione. - 4.2.3. Il comitato per il controllo sulla gestione. - 4.2.4. Considerazioni conclusive sul sistema monistico. - 4.3. Il sistema dualistico. - 4.3.1. L'assemblea dei soci. - 4.3.2. Il consiglio di sorveglianza. - 4.3.3. Il consiglio di gestione. - 4.3.4. Considerazioni conclusive sul sistema dualistico. - 5. La *governance* della cooperativa di lavoro s.r.l. - 5.1. Assenza di struttura corporativa e soci (direttamente) gestori. - 5.2. Decisioni dei soci mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto. - 5.3. Amministrazione. - 5.4. Controllo. - 6. Conclusioni. Promuovere il modello della cooperativa s.r.l. per le piccole cooperative di lavoro. Promuovere forme di democrazia rappresentativa in luogo della democrazia diretta nelle grandi cooperative di lavoro s.p.a.

1. Introduzione

Il presente studio si propone di approfondire alcuni aspetti di *governance* che presentano significativi tratti di specificità in una cooperativa di lavoro, con particolare riferimento alla partecipazione del socio lavoratore alla gestione dell'impresa. Come si avrà modo di verificare, infatti, tale specificità è da ascrivere al fatto che i profili organizzativi influenzano l'analisi delle questioni lavoristiche connesse alla figura ed alla posizione del socio lavoratore di cooperativa ed ancor prima coinvolgono la specifica natura ed identità della cooperativa di lavoro.

L'indagine sarà qui circoscritta oggettivamente alle cooperative di lavoro e soggettivamente al socio lavoratore di una cooperativa di lavoro.

* Il presente studio si inserisce in una più ampia attività di ricerca multidisciplinare in tema di cooperazione di lavoro e socio lavoratore, condotta da diversi ricercatori, coordinati dal prof. Carlo Borzaga, presso EURICSE-European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises, su incarico di Confcooperative-Federlavoro e Servizi. A tale attività di ricerca si farà in alcuni casi riferimento nel testo e nelle note di questo articolo.

Cooperative di lavoro sono quelle nelle quali il rapporto mutualistico ha ad oggetto la prestazione di attività lavorativa da parte del socio (art. 1, 1° co., l. 142/2001). Socio lavoratore di cooperativa è invece colui che stabilisce con la propria adesione, o anche successivamente a tale momento, un ulteriore rapporto di lavoro con cui contribuisce al raggiungimento degli scopi sociali (art. 1, 3° co., l. 142/2001).

Se dunque lo scopo mutualistico costituisce lo scopo tipico delle società cooperative, e se tale scopo, senza più alcun dubbio dopo la riforma del 2003, consiste nello svolgimento di scambi o rapporti mutualistici tra la cooperativa e i suoi soci¹, le cooperative di lavoro qui considerate sono quelle il cui scopo è avvalersi, nello svolgimento della propria attività economica (qualunque essa sia²), delle prestazioni lavorative dei propri soci, che sono dunque sia soci/proprietari sia lavoratori della cooperativa, ovverosia soci (cooperatori) lavoratori. Queste cooperative devono pertanto essere distinte sia dalle cooperative di consumo o utenza, i cui soci sono consumatori o utenti dei beni o servizi loro forniti dalla cooperativa; sia dalle cooperative di produzione, i cui soci sono coloro che apportano beni o servizi destinati ad essere impiegati dalla cooperativa nello svolgimento della propria attività d'impresa³.

¹ L'art. 2511 c.c. riferisce alle cooperative uno scopo mutualistico e gli artt. 2512 e 2513 c.c. sono tra le disposizioni che più e meglio chiariscono come per scopo mutualistico debba intendersi la gestione di servizio con e in favore dei soci. Cfr. di recente BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, Padova, 2014, p. 129 ss.; A. BASSI, *Sub art. 2511*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società – dell'azienda – della concorrenza*, IV, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2014, p. 8 ss. Ciò non significa, tuttavia, che non possano esservi cooperative senza scopo mutualistico quando la legge ne autorizzi la costituzione (cfr. art. 2520, 2° co., c.c.); tali sono ad esempio le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, che hanno scopo di interesse generale (e non già, appunto, mutualistico): cfr. A. FICI, *Cooperative sociali e riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 75 ss.; ID., *Imprese cooperative e sociali*, Torino, 2012, p. 33 ss. Anche le cooperative sociali possono essere costituite da lavoratori; esse tuttavia non verranno prese in specifica considerazione in questo studio, vuoi perché il particolare scopo perseguito le rende molto diverse dalle cooperative di lavoro ordinarie, vuoi perché non rientrano nel campione di cooperative di lavoro considerato nell'ambito di questa ricerca (per una loro analisi giuslavoristica, cfr., anche per riferimenti, TREMOLADA, *Lavoro nelle cooperative*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, p. 646 s.).

² Cfr. IENGO, *Le cooperative di lavoro*, in BONFANTE, *La società cooperativa*, cit., p. 553.

³ La tripartizione tra cooperative di consumo, cooperative di produzione e cooperative di lavoro, particolarmente utile per esplorare l'universo cooperativo, è adesso accolta anche dal legislatore: cfr. artt. 2512 e 2513 c.c. Indubbiamente, le cooperative di lavoro costituiscono una specie delle cooperative di produzione intese in senso ampio ed in quanto contrapposte alle cooperative di consumo. Tuttavia, le loro specificità ne consigliano una considerazione separata anche dal punto di vista scientifico, come del resto dimostra la l. 142/2001 sul versante legislativo.

Va precisato peraltro che l'inquadramento potrebbe non essere esclusivo, dal momento che una cooperativa potrebbe realizzare più tipi di scambio mutualistico (cfr. art. 2513, 2° co., c.c.), e avere dunque, ad esempio, sia soci lavoratori sia soci consumatori. Né è escluso che le qualifiche di socio lavoratore e di socio consumatore possano sovrapporsi in capo alla medesima persona. Anche in considerazione della scarsa incidenza statistica di queste cooperative che si possono definire miste (assumono differenti denominazioni in altri ordinamenti, ad es., "*integrales*" in quello spagnolo⁴), seppur nella consapevolezza che la realizzazione di più tipi di scambio mutualistico solleva questioni di *governance* affatto peculiari, l'indagine sarà tuttavia qui limitata alle cooperative di lavoro in cui si realizzi un solo tipo di scambio mutualistico, quello avente appunto ad oggetto la prestazione di attività lavorativa da parte dei soci cooperatori⁵.

Ancora preliminarmente va rilevato che le cooperative di lavoro, come ogni altro tipo di cooperativa, possono essere o a mutualità prevalente oppure non a mutualità prevalente, a seconda che rispettino oppure no i criteri e i requisiti di cui agli articoli 2512, 2513 e 2514 c.c.⁶ Anche questa alternativa può essere rilevante in termini di *governance* (ancorché le fonti normative in materia, compresa la l. 142/2001, non distinguano a tal riguardo), ma l'indagine sarà qui confinata alle cooperative di lavoro a mutualità prevalente poiché da un lato ed in prospettiva storica, teorica e comparatistica è questa la fattispecie di cooperativa conforme agli standard di identità cooperativa condivisi internazionalmente⁷;

⁴ Cfr. art. 105 della legge statale spagnola sulle cooperative del 16 luglio 1999, n. 27: "*Se denominarán cooperativas integrales aquéllas que, con independencia de su clase, su actividad cooperativizada es doble o plural, cumpliendo las finalidades propias de diferentes clases de cooperativas en una misma sociedad, según acuerdo de sus Estatutos y con observancia de lo regulado para cada una de dichas actividades. En dichos casos, su objeto social será plural y se beneficiará del tratamiento legal que le corresponda por el cumplimiento de dichos fines. En los órganos sociales de las cooperativas integrales deberá haber siempre representación de las actividades integradas en la cooperativa. Los Estatutos podrán reservar el cargo de Presidente o Vicepresidente a una determinada modalidad de socios*".

⁵ La l. 142/2001 si applica comunque anche alle cooperative "miste": cfr. TREMOLADA, *op. cit.*, p. 628.

⁶ Nel d.m. 30 dicembre 2005, che individua regimi derogatori ai criteri per la definizione della prevalenza di cui all'art. 2513 c.c., si legge che nelle cooperative di lavoro (e in quelle miste) non si computa ai fini del calcolo di cui all'art. 2513 c.c. il costo del lavoro delle unità lavorative non socie assunte in forza di obblighi (di legge o di c.c.n.l.) o di convenzione con la P.A., né il costo del lavoro delle unità lavorative che per espressa disposizione di legge non possono acquisire la qualità di socio della cooperativa, ed ancora delle unità lavorative non socie di nazionalità straniera impiegate in attività svolte dalla cooperativa fuori dai confini della Repubblica italiana.

⁷ Cfr. sul punto FICI, *An Introduction to Cooperative Law*, in CRACOGNA-FICI-HENRÏ (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, Heibelberg, 2013, p. 21 ss.

dall'altro, e più specificamente, perché il campione esaminato ai fini di questa ricerca è composto esclusivamente da cooperative di lavoro a mutualità prevalente.

Un'altra fondamentale distinzione cui la riforma del 2003 ha condotto è quella tra cooperative cui si applica (in via residuale ed in quanto compatibile) la disciplina delle società per azioni (d'ora in poi, "cooperative s.p.a.") e cooperative cui si applica (in via residuale ed in quanto compatibile) la disciplina delle società a responsabilità limitata (d'ora in poi, "cooperative s.r.l."). Come ogni altra tipologia di cooperativa, anche le cooperative di lavoro possono essere costituite come cooperative s.p.a. o, in alternativa, come cooperative s.r.l.⁸. Più precisamente, in alcuni casi l'applicazione della disciplina s.r.l. è obbligatoria (art. 2522, 2° co., c.c.)⁹. In altri casi, invece, dipende da una scelta della cooperativa effettuata in sede di atto costitutivo; scelta, quest'ultima, non sempre possibile (art. 2519, 2° co., c.c.)¹⁰.

È forse questa la distinzione che ha maggiore incidenza sulla *governance* della cooperativa di lavoro ed in particolare sul profilo della partecipazione dei soci cooperatori alla gestione dell'impresa, al punto da poter altresì influenzare la disciplina lavoristica in maniera molto incisiva, se si è convinti, come sembra opportuno, che la disciplina lavoristica del socio lavoratore non possa non tenere in considerazione la posizione societaria del socio lavoratore ed in particolare la sua effettiva capacità di influire sulle scelte gestionali della cooperativa¹¹.

⁸ In verità, tale condizione può mutare anche successivamente alla costituzione. Tale mutamento, per quanto abbia effetti organizzativi rilevanti, non rappresenta tuttavia una trasformazione in senso stretto. Sul punto cfr. MARANO, *Numero minimo di soci nella cooperativa e applicazione della disciplina su s.p.a. o s.r.l.*, in ABBADESSA-PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, IV, Torino, 2007, p. 754 ss.

⁹ Cooperativa costituita da un numero di persone fisiche inferiore a nove e superiore a tre.

¹⁰ Può optare per la disciplina delle s.r.l. la cooperativa "con un numero di soci cooperatori inferiore a venti ovvero con un attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di euro". I due requisiti non sono tra loro cumulativi bensì alternativi, e pertanto la possibilità di scelta del modello s.r.l. (in luogo di quello s.p.a.) è conferita dalla legge tanto alla cooperativa che abbia meno di venti soci (nonostante l'attivo del suo stato patrimoniale superi il milione di euro), quanto alla cooperativa il cui attivo dello stato patrimoniale non sia superiore ad un milione di euro (nonostante abbia un numero di soci superiore a venti): cfr. per tutti BONFANTE, *La società cooperativa*, cit., p. 118.

¹¹ La disciplina di protezione di cui alla legge 142/2001 appare infatti in principio meno giustificabile in cooperative di lavoro s.r.l., soprattutto in quelle che sono obbligatoriamente tali ai sensi dell'art. 2522, 2° co., c.c., ed hanno perciò un numero di soci inferiore a nove. La disciplina lavoristica di protezione del socio lavoratore trova infat-

Di tale distinzione si terrà perciò conto nel prosieguo di questa analisi, non senza aver prima preliminarmente ricordato che l'applicazione alle cooperative di lavoro delle norme che disciplinano le s.p.a. o le s.r.l. non è né diretta né incondizionata, bensì subordinata in primo luogo alla presenza di una lacuna ("per quanto non previsto") tanto nella disciplina speciale delle cooperative di lavoro (l. 142/2001) quanto in quella generale delle cooperative (artt. 2511 ss., c.c.)¹², e in secondo luogo alla loro "compatibilità" con la particolare natura giuridica delle cooperative di lavoro (art. 2519 c.c.).

L'indagine, come si diceva, sarà inoltre soggettivamente circoscritta al socio lavoratore; non prenderà dunque in considerazione i possibili profili di *governance* collegati alla partecipazione e coinvolgimento dei lavoratori non soci della cooperativa di lavoro, nonostante tali profili possano indiscutibilmente assumere rilievo ai fini dell'efficienza ed efficacia dell'azione delle cooperative di lavoro (soprattutto oggi che sempre più si parla di responsabilità sociale d'impresa, anche e soprattutto nei confronti dei suoi *stakeholder* non soci)¹³.

ti fondamento in un'alterità comunque esistente tra cooperativa e socio che è sicuramente di intensità minore (se non del tutto assente) nelle cooperative di lavoro s.r.l. (in particolar modo, nelle piccole cooperative di lavoro s.r.l. con meno di nove soci) che nelle cooperative di lavoro s.p.a., soprattutto quelle con 20 o più soci (le cooperative, ai sensi dell'art. 2519, co. 2°, c.c., sono obbligate ad adottare il regime s.p.a. se, oltre a un numero pari a 20 o più soci, hanno anche un attivo dello stato patrimoniale superiore ad un milione di euro). Questa conclusione sembra corretta anche in rapporto alla possibilità di costituire una s.r.l. in cui i conferimenti dei soci siano rappresentati da opere o servizi (cfr. art. 2464, 2° e 6° co., c.c.) oppure "semplificata" ai sensi dei nuovi artt. 2463, 4° co., e 2463bis c.c. In altri termini, se il regime della cooperativa di lavoro è eccessivamente protezionistico, la s.r.l. si candida a sostituire la cooperativa quale strumento di aggregazione di lavoratori che intendano autogestirsi, perché l'eccesso di tutela del socio lavoratore può tramutarsi in costi troppo elevati per la cooperativa anche in considerazione del rischio di comportamenti opportunistici da parte dei soci lavoratori. Sul punto, cfr. anche le conclusioni nel testo. Sul numero minimo di soci in una cooperativa di produzione e lavoro ammissibile ai pubblici appalti, cfr., tuttavia, l'art. 1, 1° co., l. 59/1992.

¹² Approfittiamo altresì per ricordare che la prima disciplina, cioè quella di cui alla l. 142/2001, prevale sulla seconda, cioè quella di cui agli artt. 2511 ss., in quanto la prima è speciale rispetto alla seconda che è generale; ciò anche in virtù di quanto previsto dall'art. 2520, 1° co., c.c., che in più aggiunge un filtro di compatibilità, nel senso che le norme generali sono applicabili alle cooperative di lavoro, in quanto cooperative speciali, solo se "compatibili".

¹³ Cfr. sul punto, di recente e proprio con riferimento alla partecipazione dei lavoratori, VELLA, *L'impresa e il lavoro: vecchi e nuovi paradigmi della partecipazione*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 1120 ss.

2. I profili di governance nella legge 142/2001 e il ruolo della partecipazione del socio lavoratore alla gestione dell'impresa

L'art. 1, 2° co., l. 142/2001, ha ricevuto minore attenzione del successivo terzo comma del medesimo articolo¹⁴, nonostante sia di pari se non di maggiore importanza per la specifica disciplina delle cooperative di lavoro, la sua strutturazione e giustificazione in chiave funzionale (ed ancor prima, ai fini della distinzione tra "vera" e "falsa" cooperazione di lavoro)¹⁵.

L'art. 1, 3° co., com'è noto, distingue tra rapporto associativo e rapporto di lavoro, facendo capire che:

- i) il rapporto di lavoro è qualcosa di "ulteriore" rispetto al rapporto associativo (pur essendo strumentale al raggiungimento degli scopi sociali¹⁶);
- ii) il rapporto di lavoro, pertanto, non si identifica con quello associativo e non si instaura automaticamente con quest'ultimo, tanto è vero che un socio lavoratore potrà essere tale (almeno per un certo periodo di tempo) anche se non abbia in corso un rapporto di lavoro con la propria cooperativa¹⁷;

¹⁴ Ai sensi del quale, "il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore rapporto di lavoro, in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali. Dall'instaurazione dei predetti rapporti associativi e di lavoro in qualsiasi forma derivano i relativi effetti di natura fiscale e previdenziale e tutti gli altri effetti giuridici rispettivamente previsti dalla presente legge, nonché, in quanto compatibili con la posizione del socio lavoratore, da altre leggi o da qualsiasi altra fonte".

¹⁵ L'importanza di questa disposizione, e conseguentemente dei diritti e doveri del socio lavoratore, anche per fissare il confine tra vera cooperazione di lavoro e suo uso distorto, è recentemente sostenuta da IMBERTI, *Il socio lavoratore di cooperativa*, Milano, 2012, p. 121, il quale, in linea con quanto da noi affermato nel testo, parla altresì di principi spesso sottovalutati ma dai quali emergono le peculiari caratteristiche del socio lavoratore. Già prima DI CECCO, *Finalità sociali, obblighi di trasparenza, e principi di cogestione dell'impresa collettiva: il caso particolare delle società cooperative di lavoro tra disciplina speciale e riforma del diritto societario*, in *Studi per Franco Di Sabato*, III, 1, Napoli, 2009, p. 480 s., enfatizza la rilevanza dei "principi partecipativi" indicati dall'art. 1, 2° co., l. 142/2001, sotto il profilo della applicazione della disciplina speciale in tema di cooperazione di lavoro e di lotta alle "false cooperative".

¹⁶ Ciò che peraltro è vero in generale, per qualsiasi tipo di scambio o rapporto mutualistico e con riferimento a qualsiasi tipo di cooperativa (cfr. di recente Cass., 31 luglio 2014, n. 17465, in *Banca dati De jure*, e Cass., 12 dicembre 2014, n. 26222, in *Società*, 2015, p. 363, con specifico riferimento alle cooperative edilizie). In merito alle cooperative di lavoro, cfr. da ultimo TREMOLADA, *op. cit.*, p. 628 s.

¹⁷ Può esservi dunque un socio lavoratore che temporaneamente non lavori (socio non attivo sul piano mutualistico). Non può certo essere, questa, una situazione permanente. Ricordiamo infatti che i soci cooperatori devono avere requisiti per l'ammissione coerenti con lo scopo mutualistico (art. 2527, 1° co., c.c.), la cui mancanza o perdita è causa di esclusione

iii) il rapporto associativo è collegato a quello di lavoro¹⁸, sicché socio lavoratore potrà dirsi solo colui che sia contemporaneamente socio e lavoratore della cooperativa (altrimenti ricorrerebbe la figura del lavoratore non socio)¹⁹.

Il limitato uso dell'art. 1, 2° co., l. 142/2001, in chiave interpretativa deriva forse sia dalle forme verbali impiegate dal legislatore (il modo indicativo anziché quello prescrittivo del dovere: "concorrono", "partecipano", "contribuiscono", "mettono a disposizione") sia dalla assoluta prevalenza di analisi giuslavoristiche negli studi del settore, essendo sta-

del socio (art. 2533, 1° co., n. 3, c.c.), e che il socio può essere escluso quando inadempiente alle obbligazioni che derivano dal rapporto mutualistico (art. 2533, 1° co., n. 1, c.c.).

Come le altre cooperative, la cooperativa di lavoro potrebbe avere soci diversi dai soci cooperatori, e segnatamente soci finanziatori (tra cui sovventori) e soci cooperatori "in prova" ai sensi dell'art. 2527, 3° co., c.c., figura, quest'ultima, di particolare interesse e complessità nelle cooperative di lavoro.

¹⁸ Cfr., oltre all'art. 5, 2° co., secondo cui "il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio", la circolare 18 marzo 2004, n. 10, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, dove si parla di "preminenza del rapporto associativo su quello di lavoro"; nonché del fatto che "il rapporto di lavoro sia strumentale al vincolo di natura associativa", cioè "al raggiungimento dello scopo mutualistico", ciò che giustifica l'estinzione automatica del rapporto di lavoro a seguito dello scioglimento del vincolo associativo. In giurisprudenza, cfr. di recente Cass., 12 febbraio 2015, n. 2802, in *Banca dati De Jure*: "La delibera di esclusione del socio da una società cooperativa è sufficiente a determinare l'automatica estinzione del rapporto di lavoro, senza che sia necessario uno specifico atto di licenziamento, trovando la posizione del socio lavoratore adeguata tutela nel disposto dell'art. 2533 cod. civ., che gli riconosce la facoltà di proporre opposizione al tribunale contro la delibera degli amministratori o, se previsto dall'atto costitutivo, dall'assemblea"; Cass., 23 gennaio 2015, n. 1259, *ivi*: "In tema di società cooperativa di produzione e lavoro, nel caso di accertata illegittimità del provvedimento espulsivo del socio - cui consegue automaticamente la cessazione del rapporto di lavoro - che si fondi esclusivamente su ragioni disciplinari trova applicazione, in forza del rinvio operato dall'art. 2 della legge 3 aprile 2001, n. 142, l'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, con ripristino sia del rapporto associativo che di quello lavorativo (Nella specie, la S.C. ha ritenuto applicabile la tutela reale anche nel caso in cui sia stata l'esclusione dalla società a determinare il licenziamento, e non viceversa, attribuendo efficacia dirimente alle ragioni disciplinari poste a fondamento dell'estromissione ed escludendo l'applicazione dell'art. 18 legge n. 300 del 1970 per le ragioni attinenti esclusivamente il rapporto societario)".

Il collegamento in questione è un collegamento negoziale *ex lege*, genetico (perché riferito alla fase di costituzione dei due rapporti), funzionale (perché interessa anche le fasi dello svolgimento e dell'estinzione di questi rapporti) ed unilaterale (perché solo il rapporto di lavoro è strumentale a quello associativo e non anche viceversa): cfr. in questi termini TREMOLADA, *op. cit.*, p. 634, cui si rinvia per l'analisi giuslavoristica dei vari profili di interferenza che derivano da questo collegamento (cfr. *ibidem*, p. 634 ss.).

¹⁹ Il rapporto tra soci lavoratori e lavoratori non soci deve rispettare la proporzione di cui all'art. 2513 c.c. affinché una cooperativa di lavoro possa considerarsi a mutualità prevalente.

to sinora davvero scarso l'interesse dei giusprivatisti verso le cooperative di lavoro e quasi inesistente il loro contributo al dibattito generale sulla cooperazione di lavoro²⁰.

Eppure, come si osservava, l'art. 1, 2° co., l. 142/2001, contiene disposizioni di fondamentale importanza.

I soci lavoratori di cooperativa – in particolare, per quanto più interessa questa analisi, si afferma – “concorrono alla gestione dell'impresa partecipando alla formazione degli organi sociali e alla definizione della struttura di direzione e conduzione dell'impresa” (lett. a); “partecipano alla elaborazione di programmi di sviluppo e alle decisioni concernenti le scelte strategiche, nonché alla realizzazione dei processi produttivi dell'azienda” (lett. b); “... partecipano ... alle decisioni sulla ... destinazione [dei risultati economici]” (lett. c)²¹.

Il legislatore ha in tal modo individuato, come sembra più corretto ritenere, oneri essenziali ai fini della qualificazione di una cooperativa come cooperativa di lavoro, dal cui assolvimento dipende pertanto la possibilità di applicare la relativa disciplina, in particolare quella derogatoria alla disciplina ordinaria in materia lavoristica²².

In una cooperativa di lavoro la partecipazione dei soci lavoratori al governo dell'impresa deve dunque essere effettiva (e non può limitarsi ad essere meramente formale, solo potenziale, né tanto meno può essere fittizia). La *governance* della cooperativa di lavoro, pertanto, deve essere ispirata al principio della partecipazione dei soci e strutturata in modo tale che questa partecipazione sia non solo teoricamente possibile, ma anche e soprattutto effettivamente praticata. È, del resto, la partecipazione dei lavoratori al governo dell'impresa cooperativa (auto-aiuto, auto-governo, auto-gestione, auto-imprenditorialità) che può giustificare un loro trattamen-

²⁰ Un'importante eccezione è tuttavia rappresentata da DI CECCO, *op. cit.*, p. 471 ss., il quale denuncia espressamente l'atteggiamento “conservatore” degli interpreti rispetto ai roboanti principi di cui all'art. 1, 2° co., l. 142/2001, letti come poco più che mere dichiarazioni programmatiche prive di significativa portata innovativa, nonché il totale silenzio sul punto delle aule giudiziarie (ID., *op. cit.*, p. 478).

²¹ Per il resto, le lettere c) e d) del medesimo art. 1, 2° co., fanno riferimento a due circostanze abbastanza ovvie, cioè che i soci lavoratori conferiscono capitale e dunque partecipano ai risultati economici dell'impresa, ciò che è conseguenza della loro qualità di soci; e che essi mettono a disposizione le proprie capacità professionali, ciò che dipende dal loro essere soci cooperatori di una cooperativa di lavoro, e dunque da quanto già espressamente previsto dai commi 1° e 3° dell'art. 1, l. 142/2001.

²² Cfr. DI CECCO, *op. cit.*, p. 480 s.; IMBERTI, *op. cit.*, p. 123, 125-126, anche per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali (in particolare, Cass., 8 febbraio 2011, n. 3043); TREMOLADA, *op. cit.*, p. 629.

to differenziato rispetto ai lavoratori di altre imprese²³, sia sotto il profilo dell'applicazione di una particolare disciplina fiscale sia in termini di esenzione dalla disciplina lavoristica ordinaria²⁴. La reale ed effettiva partecipazione del socio lavoratore alla gestione dell'impresa cooperativa individua il confine tra "vera" e "falsa" cooperazione di lavoro²⁵.

Quanto sopra, naturalmente, considerata la genericità del dettato legislativo, non vincola ad un determinato assetto di *governance*, ma obbliga piuttosto l'interprete ad individuare quel modello di *governance* che, a seconda delle caratteristiche della base sociale e della dimensione della cooperativa, possa meglio realizzare una partecipazione effettiva dei soci lavoratori alla gestione dell'impresa.

Altri profili di *governance* emergenti dalla l. 142/2001 sono i seguenti²⁶:

- i) l'assemblea della cooperativa ha la possibilità di deliberare ed erogare trattamenti economici ulteriori in favore dei soci lavoratori (art. 3, 2° co.). Rilevano qui le modalità di deliberazione da parte dell'assemblea (quorum costitutivi e deliberativi; come questa norma si applichi in caso di sistema dualistico; ecc.) e soprattutto, anche ai fini della *governance* complessiva dell'impresa e della partecipazione dei soci, di scelta di come assegnare l'eventuale ristorno, se in forma pecuniaria oppure mediante aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto o assegnazione gratuita di strumenti finanziari. Appare ovvio, infatti, come le due ultime modalità incentivino la partecipazione del socio lavoratore alla gestione dell'impresa poiché rendono la realizzazione del suo interesse personale dipendente dal buon anda-

²³ Ovviamente, anche rispetto ai lavoratori di imprese cooperative di consumo, di utenza o di produzione, poiché queste ultime cooperative sono governate dai soci consumatori, utenti o produttori, e non già dai lavoratori (salva l'ipotesi di cooperative "miste").

²⁴ La partecipazione dei soci alla gestione costituisce, più in generale, un requisito identificativo delle società cooperative. Pur non essendo tecnicamente prescritta nel codice civile, la "reale partecipazione dei soci alla vita sociale" costituisce un obiettivo della revisione cooperativa (art. 4, 1° co., lett. a, d.lgs. 220/2002) e un elemento della natura mutualistica della società sempre ai fini della revisione (art. 4, 1° co., lett. b, d.lgs. 220/2002, dove si specifica che la natura mutualistica dell'ente si accerta verificando, tra l'altro, la partecipazione dei soci alla vita sociale e la qualità di tale partecipazione). La mutualità che connota le cooperative e le distingue dalle società lucrative consiste dunque non solo in scambi mutualistici tra cooperativa e soci, ma anche nella partecipazione di questi ultimi alla gestione dell'impresa.

²⁵ Cfr. DI CECCO, *op. cit.*, p. 480 s.

²⁶ Secondo DI CECCO, *op. cit.*, p. 501, l'ampliamento del novero delle decisioni rimesse all'assemblea dei soci rappresenta il primo dei due poli attraverso i quali è costruita la *corporate governance* delle cooperative di lavoro al fine di aumentare il livello di partecipazione dei soci lavoratori al processo decisionale; l'altro polo essendo costituito dai principi di cui all'art. 1, 2° co.

mento dell'impresa (il trattamento economico ulteriore potrà essere percepito dal lavoratore solo se l'impresa si rivelerà capace di mantenere integro il capitale sociale e/o di rimborsare gli strumenti finanziari emessi in suo favore)²⁷;

- ii) l'art. 5, 2° co., là dove prevede l'estinzione del rapporto di lavoro contemporaneamente all'estinzione del rapporto associativo (per recesso ed esclusione), rende rilevanti le previsioni statutarie in tema di recesso ed esclusione, con riguardo a motivi e procedure per entrambe le fattispecie²⁸. Riteniamo, in particolare, che sia da valorizzare la possibilità di prevedere per statuto l'esclusione del socio non attivo sul versante dalla gestione dell'impresa. L'art. 1, 2° co., l. 142/2001, infatti, non attribuisce al socio lavoratore soltanto prerogative, ma (implicitamente) anche specifici doveri. Il socio lavoratore "deve" partecipare affinché la cooperativa possa qualificarsi come cooperativa di lavoro ed essere sottoposta al relativo trattamento. Ciò rende la partecipazione del socio lavoratore, a differenza di quanto accade per i soci di altre cooperative, per lui in principio obbligatoria, perché altrimenti tanto la cooperativa quanto i restanti soci lavoratori non potrebbero soddisfare i propri interessi. La conseguenza è che lo statuto di una cooperativa di lavoro potrebbe legittimamente considerare causa di esclusione la mancata partecipazione del socio lavoratore alla gestione dell'impresa, divenendo a questo punto essenziale fissare quella partecipazione minima il cui mancato assolvimento renda il socio "non attivo" e dunque passibile di legittima esclusione²⁹;
- iii) il regolamento interno, da approvarsi da parte dell'assemblea, può attribuire all'assemblea la facoltà di deliberare, all'occorrenza, un piano di crisi aziendale (art. 6, 1° co., lett. d ed e) ed un piano di avviamento (art. 6, 1° co., lett. f)³⁰.

²⁷ Peraltro, risulta dai dati raccolti ai fini di questa ricerca che le cooperative di lavoro comprese nel campione facciano prevalente uso della tecnica di assegnazione del ristoro ai soci tramite aumento gratuito di capitale, piuttosto che *cash* (così, infatti, il 76,9% dei rispondenti).

²⁸ Nella citata circolare del 18 marzo 2004, n. 10, del Ministero del lavoro, si legge che "la delibera di accettazione del recesso o di esclusione deve essere deliberata nel rispetto delle previsioni statutarie ed in conformità con le specifiche norme dettate dal codice civile". Lo statuto potrebbe perciò anche derogare all'automatismo previsto dalla legge.

²⁹ Ad esempio: mancata partecipazione a due assemblee consecutive? Ingiustificata assenza a corsi di formazione organizzati dalla cooperativa?

³⁰ L'esistenza del regolamento e la correttezza e conformità ad esso dei rapporti instaurati con i soci lavoratori costituiscono oggetto di revisione cooperativa (art. 4, 3° co., lett. b, d.lgs. 220/2002), nonché di eventuale ispezione straordinaria (art. 9, lett. f, d.lgs. 220/2002).

Al di là di qualsiasi discorso che sul piano strettamente giuridico si è svolto e si svolgerà in merito alla necessità della partecipazione del socio lavoratore di cooperativa, possono esservi anche ragioni di opportunità che spingono nella direzione di promuovere e rafforzare, anche col sostegno della legislazione, tale partecipazione. Queste ragioni, la cui discussione ed approfondimento esulano tuttavia dagli scopi di quest'articolo, attengono alla maggiore efficienza e al vantaggio competitivo della forma cooperativa di impresa rispetto a quella capitalistica, allorché la prima, rispettando la propria identità, sia gestita con modalità effettivamente partecipative dai propri soci, soprattutto se soci lavoratori³¹.

3. Effettività della partecipazione dei soci e sistemi di amministrazione e controllo della cooperativa di lavoro

Si è già rilevato come la partecipazione del socio lavoratore al governo dell'impresa sia un elemento necessario ai fini della qualificazione di un ente come cooperativa di lavoro (e del rapporto di lavoro come lavoro in cooperativa e non già come ordinario rapporto di lavoro subordinato), e costituisca dunque motivo e allo stesso tempo condizione per la predisposizione ed applicazione di una disciplina particolare/speciale sotto il profilo giuslavoristico.

Si è anche detto che la partecipazione del socio deve essere reale ed effettiva, perché solo una partecipazione che presenti queste caratteristiche può giustificare una disciplina speciale del lavoro in cooperativa basata sul presupposto che la cooperativa sia un'impresa auto-gestita dai lavoratori, in cui perciò è attenuato quel conflitto di interessi tra datore di lavoro e lavoratore su cui si fonda la disciplina lavoristica ordinaria (inclusendovi quella previdenziale e sindacale).

Rimane da comprendere – e questo è il compito principale dell'analisi giusprivatistica della cooperativa di lavoro, e ciò che infatti costituisce il focus di quest'articolo – quali principi, regole, forme e modelli di *governance* della cooperativa di lavoro si pongano in linea con il suddetto requisito. Più specificamente, si tratta di stabilire quale sia il *minimum* di partecipazione del socio che è essenziale in una cooperativa di lavoro e come esso si realizzi e traduca a livello di *governance*; quali forme e modelli di *governance* siano compatibili con il requisito della partecipazione; quali siano concretamente più efficaci a seconda delle dimensio-

³¹ Cfr. C. BORZAGA, *Lavoro associato e nuova organizzazione del lavoro*, in *Riv. coop.*, 2002, n. 3, p. 77 ss.

ni e della tipologia di cooperativa di lavoro; e quali invece si pongano in contrasto col requisito della partecipazione, dovendo dunque ritenersi inammissibili in una cooperativa di lavoro.

L'analisi si concentrerà sull'aspetto che a quest'ultimo riguardo appare più rilevante, ovverosia quello dei sistemi di amministrazione e controllo della società cooperativa, e terrà conto della distinzione tra cooperative s.p.a. e cooperative s.r.l.

Nessun dubbio sembra infatti sussistere sulla circostanza che il requisito della partecipazione non imponga (nella prospettiva dell'auto-governo della cooperativa di lavoro quale requisito fondante la disciplina speciale sul socio lavoratore) il metodo assembleare per ogni decisione relativa alla gestione dell'impresa³², per quanto, abbastanza ovviamente, il metodo assembleare costituisca la forma più elevata di partecipazione democratica (ciò che può avere riflessi significativi, come si ribadirà *sub* par. 5, nel caso in cui la cooperativa di lavoro sia una cooperativa s.r.l.).

La *governance* di una cooperativa di lavoro può dunque in principio contemplare sistemi di separazione tra proprietà e gestione dell'impresa, e dunque una delega di gestione dell'impresa dai soci lavoratori ai manager, purché – e qui emergono le criticità degne di approfondimento – tali sistemi rispettino la soglia minima di partecipazione dei soci necessaria affinché una cooperativa di lavoro possa dirsi tale ai sensi dell'art. 1, 2° co., l. 142/2001. Come detto, tuttavia, né questa soglia minima è legislativamente individuata, né, per quanto riguarda gli aspetti organizzativi di una cooperativa di lavoro, la l. 142/2001 pone barriere esplicite, fissa condizioni minime di partecipazione, contempla preclusioni, ecc. Ciò inevitabilmente lascia ampi margini di manovra all'interprete, che nell'esaminare la questione dovrà essere guidato da notevole buon senso e fare ampio ricorso ai principi generali.

All'estremo opposto, informazione e consultazione dei soci lavoratori non possono essere considerati strumenti sufficienti di partecipazione; se possono essere tali per i lavoratori non soci, non possono in principio esserli per i soci lavoratori di cooperativa. Il diritto (effettivo) di voto in assemblea è dunque il minimo necessario affinché di partecipazione del socio lavoratore in una cooperativa di lavoro possa parlarsi (altro discorso riguarda, come vedremo, oggetto e modalità di eser-

³² La possibile struttura corporativa, ovverosia per uffici o organi, della cooperativa di lavoro si evince già dall'art. 1, co. 2°, lett. a), l. 142/2001, là dove fa riferimento agli organi sociali e alla struttura di direzione e conduzione dell'impresa.

cizio del diritto di voto).

Tra i due estremi opposti, esistono una serie di soluzioni intermedie di *governance* che saranno nel prosieguo esaminate e valutate alla luce degli obiettivi già più volte dichiarati di questa indagine.

4. I sistemi di amministrazione e controllo di una cooperativa di lavoro s.p.a.

Prima della riforma del 2003, le società cooperative, com'è noto, avevano solo limitata capacità di configurare il loro sistema interno di *governance*, poiché un unico modello di amministrazione e controllo era per esse allora previsto (quello oggi corrispondente al sistema tripartito, proprio per questo oggi noto anche come "tradizionale"), e alle cooperative non potevano applicarsi le norme sulle s.r.l. ma solo quelle sulle s.p.a. (peraltro con modalità di rinvio diverse da quanto oggi previsto in via generale dall'art. 2519 c.c.). Adesso la situazione è completamente diversa, anche in ragione della riforma del diritto delle s.p.a. e delle s.r.l. e della possibilità, come già rilevato, di avere sia cooperative s.p.a. che cooperative s.r.l.

Nelle cooperative s.p.a. possono dunque aversi diversi "sistemi di amministrazione e controllo" (ancor di più, come diremo, nelle cooperative s.r.l.). Il sistema di *default* è quello tradizionale tripartito. Gli altri due sistemi, tra cui gli statuti di una cooperativa possono optare in alternativa al sistema tradizionale, assumono il nome di "sistema monistico" e di "sistema dualistico".

Nel prosieguo dell'articolo si passeranno in rassegna questi tre sistemi e li si valuterà dal punto di vista della loro capacità di promuovere la partecipazione effettiva del socio lavoratore tenendo conto del contesto cooperativo di riferimento³³. Sempre al medesimo fine si sottolineeranno inoltre alcune scelte statutarie che possono opportunamente essere effettuate dalla singola cooperativa di lavoro per favorire la partecipazione dei soci alla gestione dell'impresa.

4.1. Il sistema tradizionale tripartito

Il sistema tradizionale tripartito costituisce il modello di *default* di amministrazione e controllo di una cooperativa s.p.a., poiché trova ap-

³³ Non condividiamo, pertanto, la tesi secondo cui i sistemi dualistico e monistico non siano eleggibili da una cooperativa di lavoro in quanto in principio inconciliabili con la regola della partecipazione dei soci lavoratori alla "formazione degli organi sociali": cfr. invece in questo senso DI CECCO, *op. cit.*, p. 507.

plicazione se lo statuto della cooperativa non dispone diversamente (optando per il sistema monistico o per quello dualistico).

È indubbiamente il sistema oggi maggiormente utilizzato dalle cooperative, incluse quelle considerate nell'ambito di questa ricerca³⁴. Ciò si deve probabilmente tanto a ragioni di *path dependence*, quanto al carattere facoltativo che, nelle cooperative di minori dimensioni, l'organo di controllo interno assume nell'ambito di questo sistema, ciò che consente un significativo risparmio di costi rispetto all'ipotesi in cui, come accade nelle cooperative di maggiori dimensioni, questo organo sia invece obbligatorio³⁵.

Il sistema tradizionale consta di tre organi: l'assemblea dei soci (d'ora in poi, AS), il consiglio di amministrazione (d'ora in poi, CDA) e il collegio sindacale (d'ora in poi, CS).

In estrema sintesi, la AS è l'organo di indirizzo della cooperativa; il CDA, eletto dalla AS, è l'organo di gestione dell'impresa; il CS, eletto dalla AS, è l'organo di controllo interno. Come detto, il CS non è sempre necessario. Anche quando non v'è obbligo di nomina del CS o quando al CS, seppur nominato, non sia stata attribuita anche questa funzione, la AS della cooperativa che adotta il sistema tripartito deve sempre nominare un revisore legale dei conti o una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro cui affidare la revisione legale dei conti (art. 2409bis, 1° co., c.c.)³⁶.

4.1.1. L'assemblea dei soci

La AS è un organo necessario del sistema tripartito di *governance* di una cooperativa s.p.a. Alla AS hanno diritto di partecipare tutti i soci³⁷,

³⁴ Infatti, tra quelle qui considerate, solo una cooperativa dichiara di avere adottato il sistema dualistico, mentre 25 dichiarano di avere un sistema tradizionale con collegio sindacale e 17 senza collegio sindacale.

³⁵ Per i casi in cui il collegio sindacale è obbligatorio v. *infra* nel testo par. 4.1.3.

³⁶ Ciò per lo meno secondo la prevalente dottrina, perché non manca chi sostiene che, in assenza dell'obbligo di nominare il collegio sindacale, non sussista neanche l'obbligo di nominare il revisore legale dei conti (cfr. per riferimenti BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, p. 317; ID., *La società cooperativa*, cit., p. 349; VELLA, *Sub art. 2543*, in PRESTI (a cura di), *Società cooperative*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2006, p. 349; cfr. anche, per un collegamento con la disciplina della certificazione annuale del bilancio ex art. 11, l. 59/1992, L.F. PAOLUCCI, *Sub art. 2543*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società – dell'azienda – della concorrenza*, IV, cit., p. 391, nota 1).

³⁷ L'art. 2370, 1° co., c.c., non dovrebbe infatti ritenersi compatibile ai sensi e per gli effetti dell'art. 2519, 1° co., c.c. (ma sul punto non c'è convergenza di opinioni in dottrina): cfr. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., p. 278 s.

ma solo quelli che risultano iscritti da almeno 90 giorni nel libro dei soci hanno diritto di voto (art. 2538, 1° co., c.c.). Com'è noto, ciascun socio cooperatore ha un voto nella AS indipendentemente dalla quota di capitale sottoscritta (art. 2538, 2° co., c.c.). Lo statuto può in alcuni casi ed entro certi limiti derogare a questa regola, ma non tutte le ipotesi di deroga sono applicabili alle cooperative di lavoro e ai soci lavoratori. Lo sono soltanto quelle di cui all'art. 2543, 2° co., c.c. (attribuzione, nell'elezione dell'organo di controllo, di un voto proporzionale alle quote o azioni possedute o alla partecipazione allo scambio mutualistico) e di cui all'art. 2526, 2° co., c.c., là dove il socio lavoratore sia anche finanziatore³⁸.

Lo statuto di una cooperativa può prevedere che il voto venga espresso per corrispondenza ovvero mediante altri mezzi di telecomunicazione, nel qual caso l'avviso di convocazione della AS deve contenere per esteso la deliberazione proposta (art. 2538, 6° co., c.c.). Si tratta di facoltà statutaria da non sottovalutare nell'ottica di favorire la partecipazione di soci lavoratori che tendono ad essere fisicamente assenti in AS.

Le maggioranze necessarie per la costituzione della AS e la validità delle sue deliberazioni sono determinate nello statuto e calcolate secondo il numero dei voti spettanti ai soci (art. 2538, 5° co., c.c.). Ma in alcuni casi la legge prevede determinati quorum che gli statuti non possono ridurre (cfr., ad esempio, art. 2545*decies*).

Le decisioni assunte dalla AS in conformità alla legge e allo statuto sono vincolanti per tutti i soci, compresi gli assenti e i dissenzienti (art. 2377, 1° co., c.c.). Quelle illegittime possono invece essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti o astenuti che rappresentino almeno il 5% dei voti totali in AS, nonché dagli amministratori e dal collegio sindacale (2377, 2° e 3° co., c.c.)³⁹.

In luogo dell'assemblea generale dei soci, lo statuto di una cooperativa potrebbe prevedere lo svolgimento di assemblee separate, anche rispetto a specifiche materie o in presenza di particolari categorie di soci (art. 2540, 1° co., c.c.). In alcuni casi l'articolazione in assemblee separate è obbligatoria per legge⁴⁰. In ciascuna assemblea separata i soci eleggono un

³⁸ Non lo sono invece quelle di cui all'art. 2538, 3° co., c.c., che fa riferimento ai soci cooperatori persone giuridiche; e di cui all'art. 2538, 4° co., c.c., che fa riferimento alle cooperative in cui i soci realizzano lo scopo mutualistico attraverso l'integrazione delle rispettive imprese o di talune fasi di esse.

³⁹ Oppure il 5% del totale dei soci? Il profilo è dubbio in dottrina ed ovviamente acquista rilevanza pratica solo nel caso in cui lo statuto contempli deroghe alla regola "un socio, un voto".

⁴⁰ Cooperative con più di 3000 soci e che svolgono la propria attività in più province o cooperative che hanno più di 500 soci e realizzano più gestioni mutualistiche (cioè, le cooperative "miste" cui sopra si è già fatto riferimento) (art. 2540, 2° co., c.c.).

socio delegato. I soci delegati formano la assemblea generale, nell'ambito della quale lo statuto deve in ogni caso assicurare la proporzionale rappresentanza delle minoranze espresse dalle assemblee separate.

Le assemblee separate, anche quando non obbligatorie, possono costituire una valida ed opportuna strategia di *governance* in cooperative, come quelle di lavoro, in cui la base sociale sia ampia e i soci lavoratori manifestino scarsa propensione a partecipare alle AS. La partecipazione indiretta tramite elezione di un delegato in assemblea separata può costituire una valida alternativa ad una partecipazione diretta in AS che di fatto non trova luogo⁴¹. Ancorché attraverso un delegato, la voce del socio lavoratore potrebbe influenzare le scelte gestionali, ciò che sicuramente non avverrebbe se costui di fatto non partecipasse alle AS. Naturalmente, ciò avrebbe ancora maggior senso qualora la delega potesse essere non limitata ad una singola assemblea generale, potesse conferirsi anche per un determinato periodo di tempo (ad es. tre anni) e soprattutto lasciasse al delegato discrezionalità in merito a come votare nell'assemblea generale dei delegati⁴². In caso contrario (voto sul merito vincolante per i delegati e riferibile ad una sola assemblea generale con un preciso ordine del giorno)⁴³, infatti, il meccanismo produrrebbe risultati sostanzialmente analoghi al voto per rappresentanza (art. 2539 c.c.) o per corrispondenza (art. 2538, 6° co., c.c.)⁴⁴, che peraltro rappresentano strategie anch'esse da valutare attentamente allorché s'intenda promuovere la partecipazione, ancorché indiretta, di soci lavoratori poco attivi alla *governance* della cooperativa⁴⁵.

⁴¹ Si è correttamente rilevato come "il ricorso all'istituto sia giustificabile in funzione della sua *ratio* che è soprattutto quella di voler favorire la partecipazione democratica del socio in situazioni potenzialmente critiche per il rispetto di questo principio": così BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., p. 294.

⁴² In tal caso, le assemblee separate in un sistema tripartito costituirebbero uno strumento di *governance* in concorrenza con il sistema dualistico (perché l'assemblea dei delegati svolgerebbe un ruolo analogo a quello del consiglio di sorveglianza): le differenze tra le due strategie richiederebbero perciò di essere spiegate (v. *infra* nel testo).

⁴³ Questa è la posizione prevalente in dottrina: cfr. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, p. 296 ss.; ID., *La società cooperativa*, cit., p. 327. Ma per l'opposta conclusione, cfr. CUSA, *Sub art.* 2540, in PRESTI (a cura di), *Società cooperative*, cit., p. 329 ss.; ID., *Sub art.* 2540, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società – dell'azienda – della concorrenza*, IV, cit., p. 370 ss.

⁴⁴ Sarebbe tuttavia meno rispettoso della volontà individuale, poiché in assemblea separata prevale la volontà della maggioranza che emerge dalla assemblea separata, laddove mediante il voto per corrispondenza o quello per rappresentanza il socio ha la possibilità di esprimere la sua volontà in assemblea generale.

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 2539, 1° co., c.c., nelle cooperative s.p.a. ciascun socio può rappresentare in assemblea sino ad un massimo di dieci voti. Data la formula legislativa, è dubbio che questa disposizione possa applicarsi alle cooperative s.r.l. dove dunque la rappresentanza di voto non sarebbe ammessa: cfr. in questo senso BONFANTE, *La società cooperati-*

L'AS è l'organo supremo di direzione della cooperativa. A quest'organo sono infatti riservate le decisioni fondamentali riguardanti la struttura e l'organizzazione della cooperativa.

Segnatamente, nell'ambito del sistema tripartito che stiamo qui esaminando, l'AS ha i seguenti poteri:

- i) nominare e revocare gli amministratori (nonché il Presidente del CDA: art. 2380*bis*, 5° co., c.c.) e determinare il loro compenso se esso non è stabilito dallo statuto (art. 2542, 1° co., 2364, 1° co., n. 2 e 3, c.c.);
- ii) nominare e revocare i sindaci e il presidente del collegio sindacale e determinare il loro compenso se esso non è stabilito dallo statuto (art. 2364, 1° co., n. 2 e 3, c.c.);
- iii) nominare e revocare il revisore legale dei conti (art. 2364, 1° co., n. 2, c.c.);
- iv) approvare il bilancio (art. 2364, 1° co., n. 1, c.c.);
- v) decidere sulla destinazione degli utili disponibili (art. 2545*quater*, 3° co., c.c.), ed eventualmente che i ristorni siano assegnati ai soci mediante aumento gratuito del capitale sottoscritto o l'assegnazione gratuita di strumenti finanziari (art. 2545*sexies*, 3° co., c.c.); nelle cooperative di lavoro, deliberare ed erogare (in vario modo, anche mediante aumento gratuito di capitale o assegnazione gratuita di strumenti finanziari) trattamenti economici ulteriori (maggiorazioni retributive o ristorni) in favore dei soci lavoratori (art. 3, 2° co., l. 142/2001);
- vi) deliberare sulla responsabilità di amministratori e sindaci e promuovere azione di responsabilità contro di loro (art. 2364, 1° co., n. 4, e 2393, 1° co., c.c.);
- vii) pronunciarsi sull'istanza di ammissione in cooperativa quando essa non sia stata accolta dagli amministratori (art. 2528, 4° co., c.c.);
- viii) decidere sull'esclusione dei soci se lo statuto sottrae questo potere agli amministratori (art. 2533, 2° co., c.c.);
- ix) (in sede straordinaria) modificare lo statuto (art. 2365, 1° co., c.c.);
- x) (in sede straordinaria) nominare, sostituire e determinare i poteri dei liquidatori (art. 2365, 1° co., c.c.);
- xi) (in sede straordinaria) introdurre e sopprimere le clausole di non lucratività di cui all'art. 2514, 1° co., c.c. (art. 2514, 2° co., c.c.);
- xii) (con le maggioranze previste per le assemblee straordinarie) appro-

va, cit., p. 355 s. (laddove, secondo altri, stante quanto disposto dal 2° co. del medesimo articolo, nonché *ex art.* 2479*bis*, 2° co., c.c., non solo sarebbe ammessa, ma sarebbe ammessa senza limiti: in questo senso, CUSA, *Sub art.* 2539, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società – dell'azienda – della concorrenza*, IV, cit., p. 359).

vare regolamenti su criteri e regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica tra cooperative e soci (art. 2521, 5° co., c.c.)⁴⁶; nelle cooperative di lavoro, approvare il regolamento di cui all'art. 6, l. 142/2001⁴⁷;

xiii) approvare l'eventuale regolamento dei lavori assembleari (art. 2364, 1° co., n. 6, c.c.);

xiv) autorizzare gli amministratori al compimento di determinati atti qualora lo statuto così preveda (art. 2364, 1° co., n. 5, c.c.);

xv) deliberare la liquidazione della società (art. 2545^{duodecies} e 2484, 1° co., n. 6, c.c.), la sua trasformazione (art. 2545^{decies} c.c.), fusione o scissione (art. 2545^{novies}, 2° co., c.c.);

xvi) nelle cooperative di lavoro, deliberare, all'occorrenza, un piano di crisi aziendale inclusivo di misure per la sua soluzione (art. 6, 1° co., lett. d ed e, l. 142/2001) ed un piano di avviamento (art. 6, 1° co., lett. f, l. 142/2001)⁴⁸.

4.1.2. Il consiglio di amministrazione

Il CDA è un organo necessario nell'ambito del sistema tripartito. Si discute se una cooperativa s.p.a. possa avere un amministratore unico⁴⁹.

Il numero di componenti del CDA è fissato dallo statuto o dalla AS

⁴⁶ Si discute in dottrina se, fermo il rispetto delle riferite maggioranze, l'assemblea che approva i regolamenti debba anche formalmente riunirsi in seduta straordinaria: cfr. CAPO, *Sub art. 2521*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società – dell'azienda – della concorrenza*, IV, cit., p. 166, nota 62.

⁴⁷ Per l'applicazione della regola di cui all'art. 2521, 5° co., c.c., su forma e maggioranze dell'assemblea che approva i regolamenti, anche all'assemblea che approva il regolamento sul socio lavoratore, cfr. DI CECCO, *op. cit.*, p. 495.

⁴⁸ Cfr. sul punto DI CECCO, *op. cit.*, p. 495 ss.

⁴⁹ Cfr. per la risposta negativa, BARTALENA, *sub art. 2519*, in PRESTI (a cura di), *Società cooperative*, cit., p. 113; e per quella positiva, ma precisando che in questo caso, l'amministratore unico non potrà che essere socio, L.F. PAOLUCCI, *Sub art. 2542*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società – dell'azienda – della concorrenza*, IV, cit., p. 385. Il fatto che una s.p.a. possa avere un amministratore unico non è decisivo, poiché le norme sulle s.p.a. si applicano alle cooperative s.p.a. solo in quanto compatibili. Invero, nella disciplina particolare delle cooperative (art. 2511 ss. c.c.) non si menziona la possibilità di amministratore unico e si fa sempre riferimento ad amministratori e consiglio di amministrazione. La natura collettiva dell'organo di gestione appare del resto quella maggiormente rispettosa dei principi cooperativi, poiché consente un più intenso collegamento tra proprietà e gestione dell'impresa, nonché la rappresentanza di interessi diversi eventualmente presenti nella base sociale. Minori perplessità teoriche sussistono invece in merito all'ammissibilità di un amministratore unico in una cooperativa s.r.l.: cfr. MARANO, *L'organo di amministrazione*, in CUSA (a cura di), *La cooperativa-s.r.l. Tra legge e autonomia statutaria*, Padova, 2008, p. 416 s.

entro i limiti stabiliti dallo statuto (art. 2380bis, 4° co., c.c.). La maggioranza degli amministratori è scelta tra soci cooperatori (art. 2542, 2° co., c.c.), ciò che la legge impone al fine di mantenere un collegamento tra proprietà e gestione dell'impresa, che è necessario in una società, come la cooperativa, in cui l'autogestione dei soci è elemento identitario⁵⁰. Dai principi di partecipazione del socio di cui all'art. 1, 2° co., l. 142/2001, si ritiene non derivi l'obbligo per una cooperativa di lavoro di nominare, in deroga all'art. 2542, 2° co., c.c., solo ed esclusivamente soci lavoratori quali componenti del CDA⁵¹.

Lo statuto della cooperativa potrebbe vincolare la AS a scegliere gli amministratori tra gli appartenenti alle diverse categorie di soci in proporzione dell'interesse che ciascuna categoria ha nell'attività sociale (art. 2542, 4° co., c.c.)⁵². Si tratta di una soluzione statutaria che può avere senso in cooperative con base sociale eterogenea (o in cooperative "miste") e in cui si voglia che tutte le categorie di soci siano rappresentate in seno al CDA. Nella misura in cui tale situazione si presenti in una cooperativa di lavoro (ciò che tuttavia è forse poco probabile, perché le cooperative di lavoro tendono ad avere base sociale omogenea, avendo altrimenti grosse difficoltà a formarsi ed operare⁵³), allora questa opzione statutaria potrebbe essere utile a comporre possibili conflitti nascenti dalla eterogeneità della base sociale.

Nella prospettiva della buona *governance* della cooperativa di lavoro, ed in particolare al fine di evitare fenomeni di "falsa" cooperazione di lavoro, potrebbe essere interessante sfruttare l'opzione consentita agli statuti societari dall'art. 2387, 1° co., c.c., di subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di specifici requisiti di onorabi-

⁵⁰ Si ricordi come addirittura, prima della riforma del 2003, tutti gli amministratori dovessero essere soci della cooperativa.

⁵¹ Cfr. in questo senso DI CECCO, *op. cit.*, p. 504 s., il quale giustamente segnala le possibili inefficienze cui potrebbe dar luogo la "riserva assoluta" a favore dei soci lavoratori delle cariche di amministrazione.

⁵² Ipotesi diversa è quella di cui all'art. 2542, 5° co., c.c., in cui la AS è priva del diritto di nominare quegli amministratori di cui lo statuto riserva la nomina a Stato o enti pubblici (tale riserva sarebbe comunque limitata alla minoranza di amministratori). L'art. 2542, 4° co., c.c., inoltre, sembra consentire un diritto di elezione riservato ai possessori di strumenti finanziari, che comunque non potrebbe superare un terzo degli amministratori.

⁵³ Cfr. in questo senso HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, HUP, 1996, p. 92, 97. Diverso discorso dovrebbe invece farsi con riferimento alle cooperative sociali di cui alla l. 381/91, non specificamente considerate nell'ambito di questa ricerca, così come alle cooperative di comunità di elaborazione dottrina (cfr. MORI, *Le ragioni economiche della cooperazione di utenza nella gestione dei servizi pubblici*, in SACCONI e OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, p. 215 ss.).

lità, professionalità ed indipendenza. Parimenti, potrebbe avere senso fissare per statuto un limite al numero dei mandati e/o contemplare meccanismi per assicurare il ricambio degli amministratori. La previsione di un compenso per gli amministratori potrebbe rivelarsi strategia adeguata a garantire partecipazione ed impegno degli amministratori e ad evitare un uso distorto della cooperativa per interessi personali. Naturalmente, anche le modalità fissate per statuto di presentazione delle candidature al CDA e di nomina degli amministratori (ad es. voto segreto e voto per liste) possono avere effetti significativi in termini di *governance* e risolvere alcuni problemi concreti che possono presentarsi in una cooperativa (ad esempio, il voto segreto darebbe maggiore libertà ai soci nei confronti di amministratori o soci di fatto “dominanti”).

Al CDA spetta la gestione esclusiva dell’impresa, potendo a tal fine compiere tutte le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale (art. 2380*bis*, 1° co., c.c.) e godendo di poteri generali di rappresentanza (art. 2384, 1° co., c.c.)⁵⁴.

Se lo statuto o la AS lo consentono, il CDA può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti (comitato esecutivo) (art. 2381, 2° co., c.c.), con esclusione di alcuni poteri che sono per legge inderogabili (art. 2381, 4° co., e art. 2544, 1° co., c.c., che fa riferimento ai poteri in materia di ammissione, recesso e esclusione dei soci, nonché le decisioni che incidono sui rapporti mutualistici con i soci). La delega è specifica con riferimento a contenuto, limiti e modalità di esercizio dei poteri, e non preclude direttive da parte del CDA né l’avvocazione a sé di poteri rientranti nella delega (art. 2381, 3° co., c.c.)⁵⁵.

Le decisioni del CDA sono assunte in presenza della maggioranza di amministratori, a meno che lo statuto non preveda un quorum più elevato, e con il voto favorevole della maggioranza dei presenti, a meno che

⁵⁴ Tuttavia, secondo Di Cecco, *op. cit.*, p. 505, in una cooperativa di lavoro il CDA non godrebbe di piena discrezionalità nella nomina dei responsabili della conduzione dell’impresa, e dunque del direttore generale e dei dipendenti con funzioni dirigenziali, ciò in ragione di quanto previsto dall’art. 1, 2° co., lett. a, l. 142/2001, con riferimento alla necessaria partecipazione dei soci lavoratori alla definizione della struttura di direzione e conduzione dell’impresa. Sempre secondo il medesimo A. (Id., *op. cit.*, p. 515 s.), in una cooperativa di lavoro vi sarebbero alcune “scelte strategiche” che dovrebbero ritenersi sottratte alla competenza dell’organo amministrativo, in ragione di quanto stabilito dall’art. 1, 2° co., lett. b, l. 142/2001, con riferimento alla necessaria partecipazione dei soci lavoratori alla elaborazione di programmi di sviluppo e alle decisioni concernenti le scelte strategiche, nonché alla realizzazione dei processi produttivi dell’azienda.

⁵⁵ Di Cecco, *op. cit.*, p. 505, avanza dubbi in merito alla possibilità, in una cooperativa di lavoro, di delegare poteri amministrativi ad amministratori non cooperatori.

lo statuto non stabilisca diversamente (art. 2388, 1° e 2° co.). Non è ammesso il voto per rappresentanza (art. 2388, 3° co., c.c.), ma lo statuto può consentire la riunione mediante mezzi di telecomunicazione (art. 2388, 1° co., c.c.).

Le deliberazioni non prese in conformità alla legge o allo statuto possono essere impugnate solo dal CS e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro 90 giorni dalla data della deliberazione, nonché dai soci che rappresentino almeno il 5% dei voti totali quando la deliberazione sia lesiva dei loro diritti (art. 2388, 4° co., c.c.).

Gli amministratori devono adempiere i loro doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri a meno che non si tratti di doveri delegati ad un consigliere o ad un comitato esecutivo (nel qual ultimo caso sono responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non ne hanno impedito il compimento o non hanno attenuato le conseguenze dannose)⁵⁶. Per andare esente da responsabilità, un componente del CDA deve far annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e deliberazioni del CDA e darne immediata notizia al CS (art. 2392).

4.1.3. Il collegio sindacale

Il CS, come detto, non è sempre organo necessario in una cooperativa s.p.a. Infatti, la sua nomina è obbligatoria solo quando la cooperativa: i) sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato (art. 2543, 1° co., e 2477, 3° co., lett. a, c.c.); ii) controlli una società obbligata alla revisione legale dei conti (art. 2543, 1° co., e 2477, 3° co., lett. b, c.c.); iii) per due esercizi consecutivi abbia superato due dei seguenti limiti, ovverossia, totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4.400.000 euro; ricavi delle vendite e delle prestazioni: 8.800.000 euro; dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 50 unità (art. 2543, 1° co., 2477, 3° co., lett. c, e 2435bis, 1° co., c.c.); iv) emetta strumenti finanziari non partecipativi (art. 2453, 1° co., c.c.). Dopo l'intervenuta abrogazione dell'art. 2477, 2° co., c.c., è invece dubbio se la cooperativa s.p.a. sia tenuta a nominare il CS anche quando abbia un capitale sociale pari o superiore a quello minimo per

⁵⁶ La responsabilità degli amministratori si estende altresì ai creditori della società, per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale qualora esso risulti insufficiente al soddisfacimento dei crediti (art. 2394, c.c.), e ai soci e terzi direttamente danneggiati dai loro atti (art. 2395 c.c.). Le norme sulla responsabilità degli amministratori si applicano ai direttori generali, se nominati (art. 2396 c.c.).

la costituzione di una s.p.a., che è attualmente di 50.000 euro (art. 2543, 1° co., e 2327 c.c.)⁵⁷

I componenti del CS sono nominati dalla AS e possono essere revocati solo per giusta causa e con l'approvazione del tribunale (art. 2400, 2° co., c.c.).

Nelle cooperative s.p.a., il CS si compone di tre o cinque membri effettivi più due supplenti (soci o non soci della cooperativa). Almeno un membro effettivo ed un supplente devono essere revisori legali dei conti iscritti nell'apposito registro. I restanti membri devono essere scelti tra iscritti in albi professionali⁵⁸ o tra professori universitari di ruolo in materie economiche o giuridiche.

L'art. 2453, 2° co., c.c., consente agli statuti di prevedere che il diritto di voto nell'elezione dell'organo di controllo sia attribuito a ciascun socio in proporzione al capitale sottoscritto o alla sua partecipazione allo scambio mutualistico. Si tratta di un'opzione statutaria interessante in cooperative in cui vi sia disomogeneità della base sociale, essendo presenti soci che versano più e soci che versano meno capitale sociale, oppure soci più attivi e soci meno attivi sul versante mutualistico. Condizioni, queste, meno probabili in una cooperativa di lavoro in cui tendenzialmente dovrebbe essere maggiore l'omogeneità tra i soci lavoratori.

Il CS è sostanzialmente l'organo di controllo interno della cooperativa. Esso vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento (art. 2403, 1° co., c.c.). Può anche esercitare il controllo contabile se lo statuto lo prevede (e la società non sia tenuta alla

⁵⁷ L'abrogazione dell'art. 2477, 2° co., c.c., ad opera dell'art. 20, d.l. 91/2014, cui l'art. 2543, 1° co., c.c., rinviava ed ancora rinvia (non essendo stato quest'ultimo articolo abrogato), pone infatti il problema di stabilire se l'obbligo di nomina del CS in una cooperativa s.p.a. più non sussista, oppure sussista solo se il capitale sia pari o superiore a 120.000€ oppure se esso sia pari o superiore a 50.000€. A noi sembra che quest'ultima sia la soluzione corretta, dal momento che, mediante i rinvii espliciti di cui all'art. 2543, 1° co., il legislatore non si proponeva *tout court* di uniformare (con riguardo alla disciplina del collegio sindacale) la disciplina delle cooperative a quella delle s.r.l., ma solo di individuare dei parametri-soglia superati i quali far scattare l'obbligo di istituire l'organo di controllo interno, uno dei quali era appunto costituito dal capitale minimo per la costituzione di una s.p.a. Certo, in tal modo, l'intervenuto abbassamento del capitale minimo delle s.p.a. agevola queste ultime ma penalizza le cooperative. Meglio avrebbe dunque fatto il legislatore a determinare direttamente nell'art. 2543, 1° co., c.c., l'ammontare del capitale minimo.

⁵⁸ V. l'art. 1, d.m. 29 dicembre 2004, n. 320, che individua i seguenti albi professionali: avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e periti commerciali, consulenti del lavoro.

redazione del bilancio consolidato), dovendo però in tal caso essere composto unicamente da revisori legali iscritti (art. 2403, 2° co., e 2409*bis*, 2° co., c.c.).

Le deliberazioni del CS sono assunte a maggioranza dei componenti e devono essere approvate dalla maggioranza dei presenti (art. 2404, 4° co., c.c.).

Oltre che per violazione dei propri doveri, i sindaci sono solidalmente responsabili con gli amministratori per fatti o omissioni di questi ultimi se il danno non si sarebbe prodotto qualora essi avessero vigilato in conformità ai propri obblighi (art. 2407, 2° co., c.c.).

4.2. Il sistema monistico

Quello chiamato dalla legge monistico è un sistema di amministrazione e controllo che può essere selezionato dallo statuto di una cooperativa in luogo di quello tripartito⁵⁹, e dal quale non si differenzia sostanzialmente se non per il fatto che il CS non esiste e le funzioni di controllo sono svolte da un organo interno al CDA chiamato comitato per il controllo sulla gestione (CCG).

4.2.1. L'assemblea dei soci

Nell'ambito del sistema monistico, la AS ha i medesimi poteri che ha nel sistema tripartito, salvo per il fatto che non nomina l'organo di controllo, cioè il CS, che nel sistema monistico, come detto, non figura. La AS nomina il CDA che nomina (e revoca) i componenti del CCG al suo interno⁶⁰.

4.2.2. Il consiglio di amministrazione

Il CDA ha i medesimi poteri che ha nel sistema tripartito. Ad esso spetta infatti la gestione esclusiva dell'impresa (art. 2409*septiesdecies*, 1° co., c.c.).

⁵⁹ Poche sono state le cooperative che hanno deciso di adottare questo sistema, che comunque, in proporzione, è stato preferito da un maggior numero di cooperative che di s.p.a., forse perché consente di non avere un organo di controllo separato quando questo sia necessario ai sensi dell'art. 2543, 1° co., c.c. In genere, le cooperative che hanno optato per un sistema diverso da quello tripartito, hanno mostrato di preferire il sistema monistico a quello dualistico.

⁶⁰ In verità, l'art. 2409*octiesdecies*, 1° co., c.c., nella misura in cui ammette una diversa disposizione dello statuto, potrebbe autorizzare la nomina di tali componenti direttamente da parte della AS, previa disposizione statutaria in tal senso.

4.2.3. Il comitato per il controllo sulla gestione

Il CCG è, salva diversa disposizione statutaria, nominato dal CDA tra i suoi componenti (art. 240^{octiesdecies}, 1° co., c.c.) in numero minimo di due. È composto da amministratori indipendenti (alla medesima stregua dei sindaci) e privi di deleghe e funzioni gestorie. Almeno un componente deve essere revisore legale iscritto. Il CCG svolge le medesime funzioni del CS nel sistema tripartito.

In questo sistema la nomina del revisore legale è sempre necessaria (art. 240^{noviesdecies} c.c.).

4.2.4. Considerazioni conclusive sul sistema monistico

Un possibile vantaggio di questo sistema alternativo rispetto a quello tripartito potrebbe risiedere nel fatto che gestori e controllori siedono nel medesimo organo, ciò che favorisce i controlli, permettendo altresì verifiche *ex ante* sulla legittimità e correttezza della condotta degli amministratori. Inoltre la presenza di amministratori indipendenti in seno al CDA potrebbe favorire scelte gestionali non allineate agli interessi della proprietà ma dell'impresa in sé, o non allineate agli interessi della maggioranza a tutela delle minoranze.

In dottrina si è obiettato che tra le sue criticità figura il fatto che i controllati nominano i loro controllori. In realtà, la scelta dei componenti del CCG può farsi indirettamente risalire alla AS che nomina il CDA⁶¹. Se ad esempio cinque sono i componenti nominati del CDA, solo due di loro sono in possesso dei requisiti di indipendenza e tra questi vi è un revisore legale iscritto, è facile prevedere da chi il CCG sarà successivamente formato.

Dato che la nomina del CS non è necessaria, il sistema monistico si presta ad essere sistema eletto dalle cooperative che avrebbero l'obbligo di nominare il CS qualora adottassero il sistema tripartito. In questo caso, infatti, il sistema monistico permette un risparmio di costi, anche se va tenuto conto del fatto che il revisore legale dei conti è in questo sistema sempre necessario (mentre potrebbe non essere necessario nel sistema tripartito qualora il CS fosse interamente composto da revisori legali).

⁶¹ È anche questa la ragione per cui riteniamo di non poter condividere la tesi, formulata da Di CECCO, *op. cit.*, p. 507, secondo cui la regola della partecipazione dei soci lavoratori alla "formazione degli organi sociali" escluderebbe l'ammissibilità del sistema monistico in una cooperativa di lavoro, in considerazione del fatto che nel sistema monistico la nomina dei componenti il CCG spetta al CDA e non già all'AS.

4.3. Il sistema dualistico

Questo sistema, che, come il monistico, le cooperative possono adottare per statuto in alternativa a quello tripartito, presenta rispetto a quest'ultimo numerosi elementi di differenza, al punto da rappresentare la "vera" alternativa al sistema tripartito quando le caratteristiche della base sociale o altri particolari elementi richiedano un differente assetto di *governance*, che concentri il potere decisionale in capo ad un numero ristretto di soci, trasformando così la partecipazione di tutti i restanti soci da diretta ad indiretta, e allo stesso tempo garantisca una gestione professionale dell'impresa cooperativa.

In questo sistema figurano tre organi: la AS; il consiglio di sorveglianza (CDS) e il consiglio di gestione (CDG).

4.3.1. L'assemblea dei soci

Nel sistema dualistico la AS ha minori poteri che negli altri due sistemi. La sua funzione di indirizzo subisce un significativo ridimensionamento. Infatti, la AS non ha il potere di nominare e revocare gli amministratori e determinarne il compenso, né quello di promuovere azione di responsabilità nei loro confronti. La AS non ha neanche il potere di approvare il bilancio di esercizio⁶², ma solo di deliberare sulla distribuzione di eventuali utili (art. 2364*bis*, 1° co., n. 4, c.c.).

La AS ha però il potere di nominare e revocare i consiglieri di sorveglianza, determinarne il compenso e deliberare sulla loro responsabilità (art. 2364*bis*, 1° co., n. 1-3, c.c.), nonché di nominare il revisore legale dei conti, che in questo sistema deve sempre esserci (art. 2364*bis*, 1° co., n. 5, c.c.; art. 2409*quinqüiesdecies* c.c.), garantendo così, come avviene nel sistema monistico, separazione tra controllo di legalità e correttezza (affidato al CDS) e controllo dei conti (affidato in ogni caso al revisore legale).

4.3.2. Il consiglio di sorveglianza

Il CDS è l'organo centrale di questo particolare sistema di amministrazione e controllo della cooperativa.

Come detto, i suoi componenti sono nominati dalla AS nel numero minimo di tre persone, una delle quali deve essere un revisore legale iscritto (art. 2409*duodecies*, 1° e 4° co., c.c.). Nelle cooperative i componenti del CDS devono necessariamente essere soci (art. 2544, 2° co.,

⁶² Anche se alcuni autori ritengono, sulla base dell'art. 2409*terdecies*, 2° co., c.c., che questa competenza possa essere attribuita statutariamente alla AS.

c.c.)⁶³, ciò che è volto ad assicurare che la proprietà mantenga il controllo, ancorché in forma indiretta (attraverso alcuni soci soltanto), dell'impresa. Il presidente del CDS è eletto dalla AS (art. 2409*duodecies*, 8° co., c.c.).

Il CDS ha sia quei poteri di indirizzo che la AS ha negli altri sistemi e di cui è invece carente nel sistema dualistico, sia quei poteri di controllo che spettano al CS e al CCG negli altri due sistemi, sia infine poteri di "alta amministrazione" se lo statuto glieli conferisce.

Quanto al primo gruppo di poteri, il CDS nomina e revoca i componenti del CDG; ne determina il compenso (salvo che questa competenza non sia riservata dallo statuto alla AS); promuove azione di responsabilità nei loro confronti; approva il bilancio di esercizio (art. 2409*terdecies*, 1° co., lett. a, b, d, c.c.).

Quanto al secondo gruppo di poteri, il CDS vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (art. 2409*terdecies*, 1° co., lett. c, e 2403, 1° co., c.c.).

Quanto al terzo gruppo di poteri, se previsto dallo statuto, il CDS delibera in merito alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal CDG, ferma in ogni caso la responsabilità di quest'ultimo per gli atti compiuti (art. 2409*terdecies*, 1° co., lett. f-bis, c.c.).

4.3.3. Il consiglio di gestione

Il CDG è l'organo di gestione della cooperativa, con gli stessi poteri che ha il CDA nel sistema tripartito. È composto da almeno due persone che potrebbero non essere socie della cooperativa (art. 2409*novies*, 2° co., c.c.)⁶⁴. Il CDG, come il CDA, può delegare le proprie funzioni ad un suo componente o ad un comitato esecutivo, anche se la delega ha meno

⁶³ Salvo che per l'eventuale componente di nomina da parte dei possessori di strumenti finanziari, che comunque non può essere superiore ad un terzo (art. 2544, 2° co., c.c.).

⁶⁴ L'art. 2542, 2° co., c.c., anche se parla di amministratori, sembra infatti fare esclusivo riferimento al CDA nel cui contesto è inserito, e dunque al sistema tripartito. In verità, v'è anche chi in dottrina ritiene che l'art. 2542, 2° co., c.c., si applichi pure al sistema dualistico, con la conseguenza che la maggioranza dei consiglieri di gestione debba essere costituita da soci: cfr. BONFANTE, *La società cooperativa*, cit., p. 343 s., sulla base dell'argomento che, ove così non fosse, si rinnegherebbero "i fondamenti del fatto cooperativo che nella partecipazione e direzione dell'impresa da parte del socio ha il suo tratto caratteristico più rilevante sinteticamente rappresentato dall'affermazione che il socio è imprenditore di se stesso". Nel senso del testo, cfr., invece, di recente, PAOLUCCI, *Sub art. 2542*, cit., p. 386.

senso in questo sistema essendo il CDG pensato già come un organo operativo di pura gestione composto da amministratori professionisti.

4.3.4. Considerazioni conclusive sul sistema dualistico

Ancorché apparentemente poco apprezzato dalle cooperative, che ad esso hanno sinora mostrato di preferire il sistema monistico, il sistema dualistico è forse l'alternativa più interessante al sistema tripartito quando sia in gioco efficienza ed efficacia della gestione soprattutto di cooperative di maggiori dimensioni, che hanno soci che manifestino scarsa propensione alla partecipazione diretta, e che siano alla ricerca di una gestione professionale senza tralasciare il controllo finale dei soci.

Tale sistema è stato pensato dal legislatore per realizzare una maggiore separazione tra proprietà (dei soci) e gestione dell'impresa (da parte di manager professionisti). Il più evidente segnale di ciò sta nel fatto che gli amministratori dell'impresa non sono nominati da tutti i soci bensì dai consiglieri di sorveglianza. Potrebbe perciò reputarsi un sistema in principio inadatto alle società cooperative, che per definizione devono essere imprese controllate dai soci, come già si è avuto modo di ricordare. E tanto più inadatto alle (o addirittura incompatibile con le⁶⁵) cooperative di lavoro, di cui la partecipazione dei soci lavoratori alla gestione dell'impresa è requisito di qualificazione legale e condizione per l'applicazione della relativa disciplina.

In realtà le cose stanno diversamente, soprattutto se ci si concentra sulla differenza tra partecipazione (solo) formale e partecipazione sostanziale dei soci e pragmaticamente si cercano possibili strategie per rendere effettiva la voce del socio che di fatto, per la sua inattività, non è in grado di influenzare le scelte gestionali, ciò che in concreto finisce per rendere la cooperativa un'impresa manageriale in contrasto con il modello normativo che la vuole gestita dai propri soci.

Occorre muovere da un elemento inizialmente criticato, ancorché per altre, particolari ragioni, dalla dottrina: nella cooperativa che adotta il sistema dualistico, solo i soci possono essere componenti del CDS (art. 2544, 2° co., c.c.)⁶⁶. Scopo del sistema dualistico in una cooperativa

⁶⁵ Come ad esempio ritiene DI CECCO, *op. cit.*, p. 507, ponendo in evidenza proprio il fatto che nel sistema dualistico la nomina del CDG spetta al CDS e non già all'AS.

⁶⁶ Cfr. VELLA, *Sub art. 2544*, in PRESTI (a cura di), *Società cooperative*, cit., p. 356, dove si osserva come la provenienza dei consiglieri di sorveglianza esclusivamente dalla base sociale precluda la possibilità "di dare rappresentanza nel consiglio di sorveglianza ai molteplici interessi coinvolti nell'attività della cooperativa, non solo quindi di soci e finanzia-

non è dunque concentrare il potere nelle mani di professionisti in quanto tali, bensì di un gruppo ristretto di soci, presumibilmente più attivi e professionalmente più abili ma pur sempre soci/proprietari, che formano il CDS. In tal modo la proprietà di tutti i soci trova una rappresentanza stabile in un organo più attivo e professionale, composto da soggetti che in principio sono portatori del medesimo interesse dei soci proprietari dell'impresa⁶⁷. Insomma, in una cooperativa, in ragione dell'art. 2544, 2° co., c.c., il CDS costituisce una sorta di AS più ristretta, ma (prospettivamente) più attiva e presente nell'indirizzo e nella supervisione strategica degli amministratori dell'impresa, e dunque potenzialmente più capace di influire sulla gestione (nominando e revocando i gestori e esercitando poteri di "alta amministrazione" ove permesso dallo statuto).

A fronte di una proprietà della cooperativa di lavoro largamente inattiva e perciò "debole" rispetto al management (come può ben verificarsi nelle cooperative di lavoro di più grandi dimensioni), il sistema dualistico può dunque acquisire significato perché, di fatto, gli interessi dei soci possono trovare maggiore rappresentanza e protezione che negli altri sistemi⁶⁸. La partecipazione dei soci da diretta diventa indiretta (tramite altri soci), la quale, se effettiva, è comunque preferibile ad una partecipazione diretta che non si realizza⁶⁹. Inoltre, il fatto che i "rappresentanti" dei soci siano altri soci assicura che la partecipazione indiretta non finisca per pregiudicare gli interessi dei soci "rappresentati", data la tendenziale coincidenza di interessi tra soci componenti il CDS e restanti soci

tori, ma anche di quella più estesa categoria che viene riassuntivamente identificata con il termine di *stakeholder*"; e già prima ID., *La governance delle società cooperative*, in BORZAGA e FICI (a cura di), *La riforma delle società cooperative*, Trento, 2004, p. 78.

⁶⁷ Come giustamente sottolinea TOMBARI, *Governo dell'impresa e sistema dualistico nelle società cooperative*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, n. 2, p. 408, l'art. 2544, 2° co., c.c., rende "il consiglio di sorveglianza l'organo di rappresentanza (in senso atecnico) della 'proprietà'".

⁶⁸ Cfr. già in questi termini, con particolare riferimento alla grandi cooperative di consumo, TOMBARI, *op. cit.*, p. 403.

⁶⁹ Come giustamente sottolinea TOMBARI, *op. cit.*, p. 405, "è la 'proprietà diffusa' ad allontanare i soci dalla gestione e non il sistema dualistico, il quale può essere, al contrario, un rimedio proprio in presenza di una situazione di disinteresse dei soci".

Va peraltro sottolineato che un risultato analogo negli altri sistemi si potrebbe raggiungere valorizzando l'istituto delle assemblee separate, a condizione, però, che esse siano intese come luoghi dove è possibile limitarsi all'elezione dei delegati. È vero però, altresì, che in ogni caso l'uso estensivo delle assemblee separate nel sistema tradizionale e in quello monistico, se da un lato potrebbe favorire la partecipazione dei soci, ancorché in via indiretta, dall'altro lato non permetterebbe quella separazione tra gestione strategica e gestione operativa che il sistema dualistico consente invece di realizzare con efficacia.

dai primi “rappresentati”⁷⁰.

Al medesimo tempo, il sistema dualistico garantisce maggiore professionalità nella gestione dell’impresa (anche grazie alla possibilità di nominare persone non socie nel CDG), o meglio, un assetto di governo in cui i ruoli risultano più chiari, e così la distribuzione di poteri e responsabilità tra chi controlla nell’interesse della proprietà e chi gestisce (ciò significa che l’interesse dell’impresa in sé viene meglio bilanciato e temperato con l’interesse della base sociale, considerato che non sempre i due interessi coincidono, in particolar modo quando vi sia una maggioranza di soci stabile in assemblea)⁷¹.

Negli altri due sistemi, manager professionisti potrebbero sì essere presenti nel CDA e su loro ben potrebbero concentrarsi i poteri di gestione (consigliere delegato o comitato esecutivo). In questa schema, tuttavia, i confini tra proprietà e gestione dell’impresa sono meno netti di quanto non accada nel sistema dualistico, poiché la delega di gestione può sempre essere avocata dal CDA e la responsabilità del CDA per fatti dei consiglieri delegati può persistere, mentre il CDA non può agire in responsabilità nei confronti degli amministratori delegati (come invece può fare il CDS nei confronti del CDG)⁷².

Nel sistema dualistico, invece, è chiaro che manager professionisti prenderanno parte ad un organo distinto, il CDG, dall’organo che rappresenta la proprietà dei soci, il CDS. Non v’è delega di gestione, ma il potere del CDG deriva direttamente dalla legge. I componenti del CDG possono sì essere revocati, ma la revoca presuppone una causa e dunque si pone diversamente dalla avocazione della delega di gestione.

In altri termini, il sistema dualistico consente di separare gestione strategica (CDS) e gestione operativa (CDG), facendo emergere l’effettiva linea di comando della cooperativa, rendendo le condotte meglio osservabili e giudicabili, dando un ruolo più chiaro ai *senior executives* (direttori generali), che possono o essere componenti del CDG oppure essere nominati dal CDG, da cui rimangono esterni, intrattenendo così rap-

⁷⁰ Naturalmente, l’adozione del sistema dualistico non esclude che la partecipazione dei soci nella AS possa essere ugualmente favorita dalla cooperativa mediante adeguate scelte statutarie, ad esempio, mediante il voto per corrispondenza o telematico, assemblee separate, ecc. Inoltre, lo statuto della cooperativa potrebbe prevedere in alcune materie un coinvolgimento diretto dei soci esercitando l’opzione di cui all’art. 2364, 1° co., n. 5, c.c., che consente di attribuire alcuni oggetti alla competenza della AS, così come di prevedere autorizzazioni preventive della AS per il compimento di atti di gestione da parte degli amministratori.

⁷¹ Cfr. TOMBARI, *op. cit.*, p. 404.

⁷² Cfr. TOMBARI, *op. cit.*, p. 404.

porti direttamente con quest'organo di gestione piuttosto che con la proprietà dell'impresa (rappresentata, al vertice, dal Presidente del CDS, non a caso nominato dalla AS).

Inoltre il sistema dualistico consente un risparmio di costi, non essendo il CS necessario.

5. La governance della cooperativa di lavoro s.r.l.

La cooperativa di lavoro cui si applica la disciplina delle s.r.l. potrebbe essere organizzata secondo uno dei modelli sopra descritti avuto riguardo alla cooperativa di lavoro s.p.a. (ma con gli adattamenti necessari a rispettare regole specifiche sul funzionamento di una s.r.l.)⁷³, oppure secondo modelli diversi, dal momento che la disciplina delle s.r.l., dopo la riforma del 2003, è divenuta molto flessibile, autorizzando diversi sistemi di *governance* secondo le preferenze espresse dalla cooperativa s.r.l. nel suo statuto.

Per quanto più direttamente interessa questa analisi, giova sottolineare che una cooperativa di lavoro cui si applichi la disciplina delle s.r.l. potrebbe dare ancora più spazio al socio e ai soci, rendere centrale la persona del socio lavoratore nella struttura di *governance*, realizzare forme di democrazia diretta, e così porsi ancora di più in linea con l'esigenza di valorizzare la partecipazione democratica del socio lavoratore alla gestione dell'impresa. Ciò dipende non soltanto dal minore numero di soci che normalmente ci si attende di trovare in una cooperativa s.r.l.⁷⁴, fatto che di per sé favorisce la partecipazione democratica diretta (poiché il singolo socio effettivamente avverte di contare qualcosa e poter influire sulle decisioni), ma anche da precise scelte statutarie che si possono compiere per favorire la partecipazione del socio là dove essa per qualsiasi ragione stenti a realizzarsi.

Su un piano diverso, ma pur sempre influente sulla *governance* dell'impresa, la centralità del socio in una cooperativa di lavoro s.r.l. è al-

⁷³ In verità, diversi autori ritengono incompatibili i sistemi dualistico e monistico, ed in particolar modo il primo (alla luce di quanto previsto dall'art. 2479, 2° co., n. 1 e 2, c.c.), con la cooperativa s.r.l. Cfr. per tutti di recente BONFANTE, *La società cooperativa*, cit., p. 357.

⁷⁴ Invero, la cooperativa di lavoro s.r.l. potrebbe anche avere 20 o più soci se l'attivo del suo stato patrimoniale è inferiore a un milione di euro (art. 2519, 2° co., c.c.). Tuttavia, occorre ricordare che il modello s.r.l. è imposto alle cooperative costituite con meno di 9 soci (art. 2522, 2° co., c.c.). Pertanto, tendenzialmente, il numero di soci di cooperative s.r.l. dovrebbe essere inferiore al numero di soci di cooperative s.p.a.

tresi confermata da norme quali quelle che attribuiscono anche ad un solo socio non amministratore il diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione (art. 2476, 2° co., c.c.)⁷⁵; e a ciascun socio il diritto di promuovere azione di responsabilità contro gli amministratori (art. 2476, 3° co., c.c.)⁷⁶.

Ciò premesso, ci si soffermerà sulle principali specificità riscontrabili nella *governance* della cooperativa di lavoro s.r.l., con la solita prospettiva, adottata in quest'articolo, di comprendere come esse si pongano rispetto al tema della partecipazione del socio lavoratore alla gestione dell'impresa.

5.1. Assenza di struttura corporativa e soci (direttamente) gestori

Secondo una certa corrente di pensiero, la cooperativa s.r.l. potrebbe essere organizzata senza organo amministrativo, affidando per statuto il potere gestorio direttamente ed integralmente ai soci (ad ogni socio), i quali (secondo il modello delle società di persone) sarebbero tutti automaticamente soci-amministratori⁷⁷. Aderendo a questa tesi, che però ha diversi ed autorevoli oppositori in dottrina⁷⁸, il funzionamento della cooperativa di lavoro s.r.l. garantirebbe meccanismi di partecipazione diretta dei soci lavoratori alla gestione dell'impresa, ponendosi sicuramente in linea con le previsioni sulla partecipazione di cui alla l. 142/2001. Si tratterebbe, altresì, di un modello di *governance* che ridurrebbe notevolmente i costi gestionali, anche tenendo conto della possibilità che la cooperativa s.r.l. potrebbe non essere obbligata a nominare un organo di

⁷⁵ Nelle cooperative s.p.a. si applica invece l'art. 2545bis c.c.

⁷⁶ C'è, invero, chi ritiene quest'ultima norma incompatibile con i principi cooperativi (MARANO, *L'organo di amministrazione*, cit., p. 439 ss.); altri invece che, pur ritenendola compatibile (anche perché alla cooperativa s.r.l. sarebbe inapplicabile il controllo giudiziario ex art. 2545quinquiesdecies c.c., che è invece applicabile alla cooperativa s.p.a.), la giudicano tuttavia inopportuna (BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., p. 329).

⁷⁷ Cfr. PETROBONI, *La collettività dei soci*, in CUSA (a cura di), *La cooperativa-srl. Tra legge e autonomia statutaria*, cit., p. 386. Il modello dell'assemblea amministratrice era già espressamente contemplato nella disciplina oggi abrogata della piccola società cooperativa (cfr. art. 21, 4° co., l. 7 agosto 1997, n. 266). Com'è noto, le piccole società cooperative costituite ai sensi di quella legge sono state obbligate dall'art. 111septies, disp. att. e trans, c.c., a trasformarsi nelle società cooperative di cui all'art. 2522 c.c.

⁷⁸ Cfr. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., p. 325 ss.; MARANO, *L'organo di amministrazione*, cit., p. 410 ss., secondo cui l'autonomia statutaria non può spingersi sino a prescindere dall'organo amministrativo attribuendo l'intera amministrazione ai soci, riuniti o meno in assemblea.

controllo. Ovviamente, il modello sarebbe praticabile in cooperative s.r.l. con un numero limitato di soci, per di più attivi sul fronte gestionale, perché se il numero di soci fosse elevato e/o i soci manifestassero scarsa attitudine alla partecipazione diretta, il discorso sopra svolto sulla opportunità di meccanismi di rappresentazione di (e dunque di partecipazione indiretta dei) soci inattivi, riacquisirebbero nuovamente validità. In astratto, si tratta dunque di un modello di *governance* che potrebbe rivelarsi efficiente ed efficace (oltre che giuridicamente ineccepibile alla luce dei principi di partecipazione del socio di cui alla l. 142/2001) nelle cooperative di lavoro s.r.l. di cui all'art. 2522, 2° co., c.c. (quelle, cioè, con meno di nove soci)⁷⁹.

Va comunque segnalato che, anche qualora si aderisse alla tesi contraria, quella cioè secondo cui un organo amministrativo in una cooperativa s.r.l. sia sempre necessario, ai soci di una cooperativa s.r.l., in forza di quanto stabilito dall'art. 2479, 1° co., c.c., potrebbero in ogni caso essere attribuite competenze più ampie che ai soci di una cooperativa s.p.a.⁸⁰.

5.2. Decisioni dei soci mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto

Se lo statuto lo prevede, i soci di una cooperativa s.r.l. potrebbero adottare le loro decisioni senza metodo assembleare, ovvero sia mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto, ritenendo applicabile alle cooperative s.r.l. il disposto di cui all'art. 2479, 3° co., c.c.⁸¹.

Non solo non sembrano esservi dubbi di compatibilità di questa disposizione con i principi cooperativi, ma, come si è correttamente segnalato, questo *iter* deliberativo può apparire maggiormente conforme ai principi di democrazia, perché se è vero che sacrifica le funzioni di informazione e ponderazione tipiche del metodo assembleare, per altri versi as-

⁷⁹ Non a caso l'assemblea gestoria era prevista come possibilità per le piccole cooperative di cui alla l. 266/1997. Dai discorsi svolti nell'ambito di questo capitolo sembra emergere, come anche si avrà modo di concludere, l'opportunità di ripristinare a fini di disciplina (non solo lavoristica) la figura della piccola cooperativa con meno di nove soci.

⁸⁰ Salva tuttavia la loro responsabilità *ex art.* 2476, 7° co., c.c.: cfr. PETROBONI, *op. cit.*, p. 382 s.

⁸¹ Ai sensi dell'art. 2479, 4° co., c.c., il metodo assembleare può essere ripristinato su richiesta di uno o più amministratori o di un numero di soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale (nelle cooperative s.r.l. dovrebbe parlarsi di un terzo dei soci o di un terzo dei voti). Sarebbero in ogni caso da adottarsi secondo metodo assembleare le decisioni concernenti modificazioni dell'atto costitutivo ed operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale come determinato nello statuto o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

sicura al socio occasioni più ampie per partecipare all'elaborazione della volontà comune, permettendogli di votare senza essere fisicamente presente in un'assemblea⁸².

Questo procedimento non assembleare di decisione dei soci favorisce dunque la partecipazione del socio (anche se a scapito del confronto assembleare) quando la partecipazione in assemblea stenti a realizzarsi, e può dunque essere opportunamente adottato, al fine di ottemperare ai vincoli di cui alla l. 142/2001, da cooperative di lavoro s.r.l. dove questo problema si manifesta.

5.3. Amministrazione

Mentre nel caso di cooperativa s.p.a. questa conclusione è dubbia, una cooperativa s.r.l. può sicuramente avere un amministratore unico, che peraltro, stante la previsione di cui all'art. 2542, 2° co., c.c., dovrà necessariamente essere un socio⁸³.

Se invece sono nominati più amministratori, non necessariamente questi formeranno un CDA, perché nelle cooperative s.r.l. parrebbe ammessa (sulla base di apposita previsione statutaria), ancorché sussistono dubbi in dottrina, l'amministrazione (pluripersonale non collegiale, cioè) congiuntiva o disgiuntiva (o mista tra le due)⁸⁴.

Se gli amministratori compongono un CDA, va rilevata la possibilità di applicazione di un metodo collegiale "attenuato" risultante dall'applicazione, possibile in una cooperativa di lavoro s.r.l., dell'art. 2475, 4° co., c.c., secondo cui "qualora sia costituito un consiglio di amministrazione, l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. In tal caso dai documenti sottoscritti dagli amministratori devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa"⁸⁵. Si tratta di un metodo utile se gli amministratori, in par-

⁸² In questi termini PETROBONI, *op. cit.*, p. 399, anche se questo A. giunge poi a conclusioni più restrittive allorché ritiene compatibile il metodo extra-assembleare solo se lo statuto della cooperativa consenta a ciascun socio di riattivare il metodo assembleare (Id., *op. cit.*, p. 402).

⁸³ Cfr. MARANO, *L'organo di amministrazione*, cit., p. 416 s.

⁸⁴ Cfr. art. 2475, 3° co., c.c.: "Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L'atto costitutivo può tuttavia prevedere, salvo quanto disposto nell'ultimo comma del presente articolo, che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente; in tali casi si applicano, rispettivamente, gli articoli 2257 e 2258".

⁸⁵ Sul punto cfr. MARANO, *L'organo di amministrazione*, cit., p. 417 ss.

ticolare quelli che siano soci, manifestano una tendenza a non prendere parte alle riunioni del CDA.

5.4. *Controllo*

Come nelle cooperative s.p.a., nelle cooperative s.r.l. non v'è sempre obbligo di nomina dell'organo di controllo, obbligo che sussiste soltanto in presenza delle condizioni già esaminate con riferimento alla cooperativa s.p.a. Inoltre, a differenza che nella cooperativa s.p.a.⁸⁶, la cooperativa s.r.l. non è obbligata in nessun caso (dunque neanche quando non sia tenuta ad avere l'organo di controllo) a nominare un revisore legale⁸⁷.

Per di più, in virtù del nuovo art. 2477, 1° co., c.c., quando è per legge necessario, l'organo di controllo è monocratico, cioè costituito da un solo componente (a meno che lo statuto non disponga diversamente prevedendo un maggior numero di componenti), e ad esso è altresì affidata la revisione legale dei conti (a meno che lo statuto non disponga diversamente, attribuendo tale competenza ad un revisore).

La cooperativa s.r.l., pertanto, cui l'art. 2477, 1° co., c.c., è senz'altro applicabile⁸⁸, quando è obbligata a nominare un organo di controllo, può scegliere di nominare un organo monocratico, formato da un solo sindaco, che deve essere revisore legale iscritto (se ad esso è attribuita anche la funzione di revisione legale oltre a quella del controllo di legittimità).

Anche sotto questo aspetto, dunque, sono evidenti i minori costi di organizzazione di una cooperativa s.r.l. rispetto ad una cooperativa s.p.a. (che si giustificano per il fatto che le minori dimensioni e la presunta maggiore partecipazione del socio alla gestione rendono superflui eccessivi meccanismi di controllo interno⁸⁹): modello dunque da promuovere per favorire la sostenibilità e lo sviluppo della (piccola) cooperazione di lavoro.

⁸⁶ Cfr. *supra* par. 4.1.

⁸⁷ Cfr. CASTELLI, *L'organo di controllo*, in CUSA (a cura di), *La cooperativa-srl. Tra legge e autonomia statutaria*, cit., p. 469 ss.

⁸⁸ Cfr. RUOTOLO e BOGGIALI, *La nuova disciplina del sindaco unico nelle s.r.l. ed i suoi riflessi nelle società cooperative*, CNN, Studio di Impresa n. 113-2012/I, approvato il 9/5/2012, p. 6.

⁸⁹ Anche in ragione del fatto che la cooperativa s.r.l. è sottoposta ai medesimi controlli amministrativi della cooperativa s.p.a., e, per di più, ciascun socio può da solo promuovere azione di responsabilità contro gli amministratori (art. 2476, 3° co., c.c.).

6. Conclusioni. Promuovere il modello della cooperativa s.r.l. per le piccole cooperative di lavoro. Promuovere forme di democrazia rappresentativa in luogo della democrazia diretta nelle grandi cooperative di lavoro s.p.a.

Con l'analisi sin qui svolta si è cercato di dimostrare la necessità sotto il profilo giuridico e l'opportunità sotto il profilo economico di rendere effettiva la partecipazione dei soci lavoratori nelle cooperative di lavoro. Da questo elemento dipende altresì la possibilità, *de iure condendo*, di prevedere deroghe espresse all'applicabilità della l. 142/2001 a particolari tipologie di cooperative di lavoro, segnatamente a quelle in cui la partecipazione dei soci lavoratori alla gestione dell'impresa debba presumersi effettiva, quali (sicuramente) le cooperative di lavoro s.r.l. con meno di nove soci, ma anche (con la necessità di qualche riflessione in più) quelle s.r.l. con un numero di soci inferiore a 20⁹⁰. Ciò si tradurrebbe inoltre in un incentivo ad adottare la forma s.r.l. per la cooperativa, e dunque ad avere tendenzialmente cooperative di lavoro di minori dimensioni, in cui la partecipazione diretta dei soci alla gestione dell'impresa tenderà ad essere effettiva. Se si considera che la s.r.l. (specie oggi quella semplificata con capitale di 1 €) può essere valida alternativa ad una cooperativa di lavoro, allora semplificare la fattispecie e la disciplina della cooperativa di lavoro s.r.l. può costituire un argine all'abbandono (o alla preventiva non considerazione) della forma giuridica cooperativa da parte di piccoli gruppi di lavoratori interessati a lavorare in un'impresa autogestita.

Invece, per quanto riguarda le cooperative di lavoro di maggiori dimensioni (e che adottino il modello s.p.a.), la partecipazione può essere favorita mediante adeguate scelte di *governance* dell'impresa, che privilegino assetti in cui, all'utopia di una democrazia diretta che di fatto non trova luogo, si sostituiscano più probabili meccanismi rappresentativi, ovvero sia forme di partecipazione indiretta.

⁹⁰ Sull'opportunità di distinguere la disciplina delle cooperative di lavoro a seconda dell'ampiezza della base sociale si sofferma in conclusione del proprio scritto anche DI CECCO, *op. cit.*, p. 520, citando altresì a tal riguardo l'opinione di V. BUONOCORE, *Gestione di servizio, diritti e obblighi del socio cooperatore*, in SCHIANO DI PEPE e GRAZIANO (a cura di), *La società cooperativa: aspetti civilistici e tributari*, Padova, 1997, p. 74: "Ma diciamo la verità. È veramente possibile considerare e trattare alla stessa maniera il socio-lavoratore di una piccola tipografia di nove soci, nella quale la prevalenza del rapporto associativo è evidente, essenziale e quasi imposta da quel tipo di realtà ... e il socio-lavoratore di una cooperativa metalmeccanica di duemila soci nella quale, ad onta della natura giuridica dell'impresa, il peso del management, l'organizzazione del lavoro, il distacco tra base sociale e direzione determinano le medesime condizioni esistenti in un'impresa ordinaria?".

Nel corso del lavoro abbiamo in particolar modo apprezzato sotto questo punto di vista il sistema dualistico, che in una cooperativa di lavoro s.p.a. con un'ampia base sociale può rivelarsi soluzione di *governance* efficace ed efficiente, soprattutto se accompagnata da scelte statutarie capaci di valorizzare il ruolo dei soci (anche solo di quelli presenti nel CDS), incrementando i loro poteri decisionali e riducendo corrispettivamente quelli dell'organo di gestione⁹¹. Il sistema dualistico introduce infatti un sistema di rappresentanza che più realisticamente tutela gli interessi dei soci lavoratori rispetto a meccanismi di partecipazione diretta che di fatto non si realizzano. Come ha sottolineato anche Henry Hansmann, commentando l'esperienza cooperativa di Mondragon, "in grandi imprese di proprietà dei dipendenti, modelli decisionali altamente partecipativi sono complessi da gestire, e la democrazia diretta deve normalmente cedere il passo a forme rappresentative di *governance*. Il modello più semplice è quello, ..., in cui i dipendenti-proprietari eleggono propri rappresentanti nel consiglio di amministrazione, il quale, a sua volta, è responsabile della nomina e della supervisione dei manager dell'impresa"⁹². Una simile struttura di *governance* cooperativa può realizzarsi nel nostro ordinamento giuridico optandosi statutariamente per il sistema dualistico in luogo di quello tripartito.

Là dove invece si insista per forme di democrazia diretta, allora sarebbe opportuno compiere scelte statutarie e gestionali che facilitino la partecipazione dei soci, quali la previsione di assemblee separate, del voto per corrispondenza o telematico, della delega di voto, del CDA per videoconferenza, ecc., così come illustrate nel corso di quest'articolo.

⁹¹ Ad esempio mediante attribuzione al CDS della competenza relativa ad alcune decisioni strategiche sfruttando l'opzione normativa di cui all'art. 2409*terdecies*, 1° co., lett. f-bis, c.c.; sul punto cfr. TOMBARI, *op. cit.*, p. 410 ss.

⁹² HANSMANN, *op. cit.*, p. 99 [traduzione nostra], il quale prosegue affermando: "una forma attenuata di proprietà dei dipendenti, in cui l'impresa è gestita per conto dei suoi dipendenti, anche se non è interamente di loro proprietà, può talvolta rivelarsi impresa industriale di successo" (ID., *op. cit.*, p. 102) [traduzione nostra].

LORENZA PAOLONI*, FLAVIA MANCINI**

“Usi civici”: the Italian side of the Commons***

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. A historical approach. - 3. The issue of legal classification.
- 4. Commons and civic uses in the present Italian debate. - 5. Civic uses “in action”.
- 6. Conclusion

1. Introduction

The *Commons* are a topical subject, crucial for the future. In the last two decades they have become an object of interest for all the modern social sciences, and in the public opinion.

The current global debate has fallen on fertile ground also in Italy, where the commons belong to a consolidated field of studies¹ and have often been considered as a juridical concept, in spite of the fact that they were tooted in the history of the different people who through time dominated and inhabited the Italian peninsula.

The present paper aims to focus on the specific reality of the Italian system of common lands, reinforcing the awareness of their relevance, as they still interest one third of the national territory.

A specific social, cultural and environmental context and the existence of communities based on the solidarity principle are the basic and common elements of a very heterogeneous multiplicity of forms of collective utilization of natural resources – woods, pastures, forests –, that goes under the expression “*usi civici*”.

* Lorenza Paoloni is Professor of Agricultural and Food Law at Department of Law, University of Molise, Italy (lorenza.paoloni@unimol.it)

**Flavia Mancini is Phd student *en cotutelle de these* between the Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS, Paris) and Roma Tre University (Rome) (flavia.mancini@uniroma3.it)

***This article is based on a presentation held at the 15th Biennial International Conference of the International Association for the Study of the Commons (www.iasc2015.org) in Edmonton, Canada. The topic of the conference, which took place from May 25th-29th, 2015 at the University of Alberta, was “*The Commons Amidst Complexity and Change*”.

¹ A. Jannarelli, *Gli usi civici ed i “beni comuni”: un accidentato percorso giurisprudenziale*, in *Rivista diritto agrario*, II, n. 93, 291, points out the fact that the Italian debate is actually mainly oriented towards the revision of the traditional dichotomy between public goods and private goods.

So, what the concept of *usi civici* really means? How and why did the Italian Legislator unify under a single legal framework – the law n. 1766/1927 and the *Regio Decreto* n. 332/1928 – different realities, that are the result of wide reaching historical and social evolution?

After a brief overview, we will illustrate the most significant steps that characterize the Italian context. This paper consists of four sections/paragraphs: the first deals with a historical approach of the theme; the second examines the legal qualification of civic uses within the Italian legal system; the third discusses the current Italian debate; the fourth deals with civic uses '*in action*', focusing on three Italian realities, where the *usi civici* represent a fundamental part of everyday life of the local communities.

These three realities are: the *Regole di Cortina d'Ampezzo*, in northern Italy; the *Università Agraria di Tarquinia*, in central Italy; and that of Sardinia, one of the two major Italian islands. The last section is devoted to brief conclusions.

We shall stress the importance of *usi civici* in today's society: especially after the deep crisis of the economic-capitalist system, the return to tested institutions – as *usi civici* are – is as necessary as the development of a new relationship between men and natural resources.

2. A historical approach.

The term *usi civici* seems to evoke memories of an elusive past. In the 20th century it has been object of a singular process of vulgarization: legal doctrine and jurisprudence misused it to label all the situations in which common ownership was involved².

A historical approach seems therefore to be the most appropriate and the only one which allows to fully understand this multifaceted reality in its complexity³.

Under the term civic uses goes all the perpetual rights (*ius lignandi*, *pascendi*, *serendi*, *spigandi*, etc.) of the members of a specific community, on collective lands, public or private.⁴

² G. Cervati, *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, in *Nuovo Diritto Agrario*, 3-4, 1986. V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padua, 1983

³ P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milan, 1977. E. Conte, *Beni comuni e domini collettivi tra storia e diritto*, in AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato*, M.R. Marella (ed.), Verona, 2012; E. Cortese, *Domini collettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milan, 1964, p. 914 ss.

⁴ G. Curis, *Gli usi civici*, Rome, 1928; G. Raffaglio, *Diritti promiscui, demani comunali ed usi civici*, in *Enc. giur. it.*, Milan, ed. 1905, 1915, 1939; U. Petronio, *Usi civici*, in *Enc. dir.*,

These rights are based on the satisfaction of basic essential needs, and can be exercised *uti singulus et uti civis* only by the individuals belonging to the community. Not everybody in fact has the right to access to these goods: in pre-modern Italy lands, woods, pastures and also the *fructus* offered by nature⁵ were in most cases conceived as common goods. They belonged to and could be enjoyed only by the people who were part of the community in which the goods were situated.

A confusion in defining what collective goods/properties/rights and civic uses are has always existed. This uncertainty was not determined by the of 1927-28 legislation⁶ or by the development of legal doctrine. It was already in the historical sources, where we can easily find many different meanings of the term *Bona communiativa* or *Communitas*⁷.

The common denominator however has always been the idea that at the basis of all forms of collective belonging there is a community, settled on a territory and having its own organization⁸.

The confusion can be traced back to the agrarian collectivism's experiences of the Roman world and of the Germanic tradition.

Civic uses had their golden age during the Middle Ages, being the backbone of the feudal system and society⁹. In fact, the feudal system (in

XLV, Milan, 1992, p. 931; G. Flore, A. Siniscalchi, G. Tamburrino, *Rassegna di giurisprudenza sugli usi civici*, Rome, 1956, define civic uses as "i diritti spettanti ad una collettività (espressione di un comune o di una frazione di esso), consistenti nel trarre utilità elementari dal demanio di un determinato territorio, composto non solo dalle terre, ma anche dai pascoli, dai boschi e dalle acque. Il loro contenuto è il godimento di detti beni a favore di un comune o di una frazione, godimento che viene esercitato uti singuli dai componenti di quella collettività, proprio in virtù della loro originaria appartenenza ad essa".

⁵ A. Dani, *Frutti naturali e domini comunitari nell'esperienza giuridica di Antico Regime*, in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2006, 1, pp. 105-120.

⁶ Legge 16 giugno 1927, n. 1766 and Regio decreto 26 febbraio 1928, n. 332. The whole Italian legislation in the field of civic uses is freely available for the download at the following link: <http://www.demaniocivico.it/>

⁷ A. Dani, *Pluralismo giuridico e ricostruzione storica dei diritti collettivi*, in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2005, 1, pp. 61-84; A. Dani, *Origini e continuità medievale del Comunitarismo Rurale: Alcuni Problemi Storici Aperti*, in *Studi Senesi*, 2008, Fasc. 1, pp. 7-50.

⁸ G. Cervati, *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, in *Nuovo Dir. Agr.* 3-4, 1986 "a me basti dire che, una volta riconosciuto che ad un qualsiasi insediamento organizzato corrispondono utilizzazioni collettive, l'identificazione e l'analisi di queste va compiuta in relazione ai vari tempi e luoghi, senza pretese di prendere le mosse da sintesi di dubbia possibilità e di scarso significato..."

⁹ M. Bloch, *La société féodale, La formation des liens de dépendance*, 1939, *Les classes et le gouvernement des hommes*, 1940; E. Conte, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna, 2009

all its extremely varied forms according to different people, culture and history) allowed that a part of the territory within the feud's boundaries was freely given to the inhabitants of the villages, who used it for their elementary economic utilities - mainly grazing and collection of firewood, grass and agricultural products¹⁰.

A look at the situation of southern Italy confirms a concept affirmed by legal doctrine, applicable to the whole *Mezzogiorno d'Italia*: the presumption that civic uses exist whenever there is a feudal reality (*ubi feuda, ibi demania*)¹¹.

The concept of separated *dominia* exercisable by different persons on the same good (*dominium directum* and *dominia utilia*), allowed to overcome the monolithic conception of property typical of the Roman world, which was focused on and derived from the role played by the roman *dominus*.

The multiplicity of *dominia* was functional not only to describe and analyse the feudal society and economy, but also to develop collective forms of enjoyments. For this reason, the multiplicity of *dominia* has been the object of various studies, among which those by Paolo Grossi - one of the most important Italian legal historian, judge of the Italian Constitutional Court since 2009 - deserve special attention.

Referring to *dominia*, Grossi speaks of *reicentrismo*, to define a juridical system based on the "*res*" instead that on the "*individuals*" who exercise the rights on the *res*¹².

In the ancient regime the concept of *dominium*, conceived as a multiplicity of powers that several subjects could exercise on the same thing, entered in conflict with the new concept of property, which was deeply influenced by the French civil code, and circulated in Europe and in Italy during the early 19th century¹³.

¹⁰ F. Calasso, *Medio Evo del diritto*, Milan, 1954; J. Le Goff, *Il Medioevo. Alle origini dell'identità europea*, Rome-Bari, 2001

¹¹ R. Trifone, *Feudi e demani, eversione della feudalità nelle provincie napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, Milan, 1909; F. Lauria, *Demani e feudi nell'Italia meridionale*, Naples 1923; E. Conte, *Demanio feudale*, in *Enciclopedia Federiciana* Ed. Istituto dell'Enciclopedia Italiana (Treccani), 2005

¹² P. Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medioevali e moderne dei diritti reali*, Milan, 1992. P. Grossi, *L'ordine giuridico medioevale*, Rome-Bari, 1999

¹³ F. Marinelli, *La cultura del code civil*, Padua, 2004; F. Marinelli, *Miti e riti della proprietà*, L'Aquila, 2011. S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Palermo 19-23 ottobre 1952, Milan, 1954, now in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milan, 1954; P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moder-*

The rise to power of a new middle class, as well as the progress in agricultural technologies, changed the legislator's perspective, leading to a legal system that was based on the individual, leaving no space for collective forms of property.

The category of property was therefore built around the individual, who became the base of the entire legal system. Property was thus conceived only in terms of the individual, while the almost millennial experience of collective ownership was relegated to the margins¹⁴.

In the 18th century civic uses came under fire also by the economic doctrine of the time, considering them as an obstacle to the enjoyment of private property and to the progress of agricultural techniques. This doctrine was followed and applied by most of the enlightened rulers of the century, which launched a series of reforms that were aimed at liberating the property from such burdens. And this trend has been intensified ever since¹⁵.

The new approach to property as absolute individual property has changed the legislator's perception, as we can see from the consequences that the new approach has had in the modern laws and codes.

Following the tradition of the French codification, the Italian civil codes (of 1865 and 1942) conceded no space to collective forms of belonging.

3. The issue of legal classification

The Italian legal system does not yet contemplate the category of collective goods. Clearly this is a deficiency of the Italian civil code, which – following the French tradition – is a veritable *ode* to private property¹⁶. It must be underlined moreover that even the Italian

no, XVII, 1988, in which he considers medieval property as "...un'entità complessa e composta, tanto che appare persino indebito l'uso di quel singolare: tanti poteri autonomi e immediati sulla cosa, diversi per qualità a seconda delle dimensioni della cosa che li ha provocati e legittimati, ciascuno dei quali incarna un contenuto proprietario, un dominio (l'utile e il diretto), e il cui fascio complessivo riunito per avventura in un solo soggetto può far di lui il titolare della proprietà sulla cosa"; S. RODOTA', *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990

¹⁴ M. Bloch, *La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du 18^e siècle*, Paris, 1930

¹⁵ This is the case of the *Regolamento generale* of 1774 and of the *Editti* of 1776 and 1777 emanated by Pietro Leopoldo in the *Granducato di Toscana*. B. Sordi, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milan, 1991

¹⁶ F. Marinelli, *La cultura del code civil*, Padua, 2004; F. Marinelli, *Miti e riti della proprietà*, L'Aquila, 2011; F. Marinelli, *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu, Mengoni e Messineo, Milan, (ed. 2003 and 2013)

Constitution does not acknowledge the common property.

For these reasons, it is difficult to say which position the phenomenon of *usi civici* has in our legal system. This question deserves special attention and leads us to question the legislative attempts to dismiss and abolish those rights. Thus we shall examine carefully the Italian political and social situation at the turn of the 19th and 20th century¹⁷.

The existence/persistence of collective forms of appropriation of land has been always present in the late 19th-20th Italian parliamentary debate, from the *Inchiesta Jacini* of 1885¹⁸, denouncing the indifference of the government to the theme of agricultural development, to the Law n. 5489/1888¹⁹, aiming to dismiss and abolish all the civic uses in central Italy (*ex dominii pontifici*).

Civic uses constitute a specific regulatory scheme. The only legislation which currently governs this matter is represented by the liquidation laws of '27-28 (*Legge 16 giugno 1927, n. 1766* and *Regio Decreto 6 febbraio 1928, n. 332*, hereafter referred to as the laws of '27-28). For nearly a century, from the approval of the just mentioned laws till now, collective rights and civic uses have been considered synonyms.

The '27-28 laws did not recognize the existence of different types of civil uses, and therefore all cases were governed using the same rules, which happened to be those of the previous legislation in force in the *Regno di Napoli*. To their merit it can be mentioned only the fact that all the previous provisions on the subject were put together in one single text. Needless to say that such heterogeneous reality – consisting of various forms of collective belongings – slipped through the fingers of the law.

¹⁷ P. Grossi, *Un altro modo di possedere...*, 1977

¹⁸ *Atti della giunta per l'inchiesta agraria e sulle condizioni della classe agricola, redatta per incarico del Presidente della Giunta Conte Stefano Jacini*, published between 1881 and 1890. An investigation on the conditions of the agricultural class in Italy was decreed by the law of March 15, 1877, and it represents the most complete documentation on the state of the agrarian economy of the Italy post-unification. The *Inchiesta Jacini*, which takes the name of the President Stefano Jacini, which has as its objects the features of land property, crops and farming methods, the living conditions of the farmers, reveals how after twenty years by the unification remained many different realities, environmental and productive, related to customs, uses and cultures.

¹⁹ *Legge 24 giugno 1888, n. 5489 (serie 3°). Abolizione delle servitù di pascolo, di seminare, di legnatico, di vendere erbe, di fidare o imporre tassa a titolo di pascolo nelle ex-province pontificie*. (Gazz. Uff. luglio 1888, n.157). A. Cencelli Perti, *La proprietà collettiva in Italia, Le origini. Gli avanzi. L'avvenire. A proposito della abolizione dei diritti d'uso nelle provincie ex-pontificie*, Rome, 1890

The goal of the 27-28 laws was to abolish and dismantle/dismiss all forms of collective belongings and rights. The reasons for this choice were legal and ideological.

The legal one was to entrust the system to a unitary conception of property, considering collective goods absorbed by the creation of private individual properties²⁰. Collective rights were therefore circumscribed to lands assigned by the law n. 1766/1927 under the provisions of articles 11-12²¹.

In other words, the Italian Legislator tried to impose the concept of individual property – public and private - to the whole peninsula. The Legislator decided that automatically all provisions and institutions contradictory were to be repelled.

The ideological reasons: the legislators of the 20th century - conditioned by the economic theories of the 17th century - believed that the creation of small individual properties (small businesses) would promote agriculture's productivity.

They were also convinced, however, that the *usi civici* were an obstacle to be removed to increase agriculture's productivity.

In order to create small rural private properties, the legislators adopted a system of *quotizzazioni* (i.e. division of lands in small allotments). The fascist government adopted this system when defining the 1927-28 laws on "*usi civici*", as it was convinced that giving the people fragmented property assignments was a necessary step to gain the consent of the peasantry. The 1927-28 laws also established investor's consortia, but this provision encountered the hostility of the subjects who should have utilized it²².

²⁰ G. P. Bognetti, *Per la riforma della legge sugli usi civici*, in *Rivista di diritto agrario*, 1954, "... è impossibile comprimere e ridurre istituti diversi nella storia come nei propri elementi essenziali in tipologie uniche, e ancor peggio considerarli come se fossero stati unitari anche nel passato ..."

²¹ art. 11., l. 1766/1927 "I terreni assegnati ai comuni o alle frazioni in esecuzione di leggi precedenti relative alla liquidazione dei diritti di cui all'art. 1°, e quelli che perverranno ad essi in applicazione della presente legge, nonché gli altri posseduti da comuni o frazioni di comuni, università, ed altre associazioni agrarie comunque denominate, sui quali si esercitano usi civici, saranno distinti in due categorie: a) terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente; b) terreni convenientemente utilizzabili per la coltura agraria"; art. 12. "Per i terreni di cui alla lettera a) si osserveranno le norme stabilite nel capo secondo del titolo quarto del Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 3267. I comuni e le associazioni non potranno, senza l'autorizzazione del ministero dell'economia nazionale, alienarli o mutarne la destinazione. I diritti delle popolazioni dei detti terreni saranno conservati ed esercitati in conformità del piano economico e degli art. 130 e 135 del citato Decreto, e non potranno eccedere i limiti stabiliti dall'art. 521 del codice civile".

²² G. Cervati, *Profili storico-giuridici dei demani collettivi....*

As we said above, the '27-28 laws followed the civic uses legislation pattern adopted in the *Regno di Napoli*, included the provision of the *Commissario liquidatore*, who was given the power to take administrative and judicial decisions: but governing the multifaceted realities of civic uses appeared very soon not so easy.

Almost a century has passed since the approval of the mentioned laws, and the future of civic uses is still uncertain: nor abolition and nor dismissal have yet prevailed. A reflection by the Italian legislator would therefore be highly welcomed²³.

4. Commons and civic uses in the present Italian debate

Common properties and civic uses always existed. It was however Paolo Grossi who pointed out the importance of these goods and rights, using Cattaneo's famous quotation²⁴, "*un altro modo di possedere*" as the title of one of his important books which has been translated in English (*An Alternative to Private Property*, 1981). Grossi's work has revived the debate²⁵, and enabled the integration of civic uses "*beyond the public and private*"²⁶.

The Italian doctrinal debate on the commons gained momentum in the last 10 years - especially after Elinor Ostrom was awarded the Nobel Prize in 2009.

However, this revival has not succeeded to give a new perspective to civil uses, overcoming the idea that they are a remnant of the past. The debate on what should be considered a *common* (water, space, internet, work) is still very open²⁷. In this context, civic uses seem to be pushed aside.

²³ The *Costituente dei beni comuni*, started in 2013, follows the results and the works of the commission established by decree of the Minister of Justice, June 21, 2007, chaired by Stefano Rodotà. The commission concluded its work in February 2008 and its results were discussed in the National Academy of the *Lincci* in Rome, at a conference organized on April 22, 2008. The proceedings of this work were published in the volume *I beni pubblici. Dal governo dell'economia alla riforma del codice civile*, U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (eds), Rome, 2010.

²⁴ C. Cattaneo, *Rapporto sulla bonificazione del piano di Magadino*, 1853, "...questi non sono abusi, non sono privilegi, non sono usurpazione: è un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale che, inosservato discese da remotissimi secoli fino a noi..."

²⁵ P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, 1977; P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Milan, 1988.

²⁶ AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, M.R. Marella (ed.), Verona, 2012

²⁷ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2012. G. Ricoveri, *Beni comuni vs. merci*, Milan, 2010, G. Ricoveri, *Nature for sale. The Commons versus commodities*, 2013. See all the contributions in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*....

We have seen above in this paper that civic uses are an ongoing reality. Their system continues to be based on a double fundament: first, the laws of '27-28, meant to dismiss the civic uses - considered a burden and a limitation to private property; second, the legal doctrine and the law-case interpretation, which is trying to give legal form to civic uses and locate them within the Italian legal system.

5. Civic uses "in action"

It is now time to briefly analyze how the different forms of collective belongings in Italy operate today. Their diversity can be clearly perceived from the names given to the different types of civic uses: *Regole*, *Vicinie*, *Partecipanze*, *Comunanze agrarie*, *Università agrarie*, *Amministrazioni separate dei beni di uso civico*, etc.

The land's ownership by the local communities is a common feature of all types of civic uses; the management, instead, can change in relation to the collective good under consideration: woods, pastures, but also services to the members of the community²⁸.

Three realities will be briefly described and compared: the *Regole ampezzane*, the *Università agraria di Tarquinia*, and the Sardinian common properties.

The main asset of the *Regole ampezzane*, located in *Cortina d'Ampezzo*, in northern Italy, consists of woods and forests. Although Cortina today represents a trendy and expensive tourist destination, the collective ownership and use of forests and pastures were for a long time the main source of sustenance for the *Ampezzo's* people. They regulated the relationship with the environment and granted the sustainable use of the territory of the valley. Not all the people who live in Cortina can be considered as *Regolieri*, and strict rules of procedure limit the access to descendants of the original families. The ancient system of rules defines collective rights of management and enjoyment of the natural, cultural, and economic heritage. A collective heritage where conservation and production coincide, which must be preserved to be passed to future generations. Land cannot be sold, nor its intended use can be changed.

The *Università Agraria di Tarquinia*, in central Italy, represents a different experience. Its origin lies in an association existing in Italy in

²⁸ E. Conte, *Comune proprietario o comune rappresentante? La titolarità dei beni collettivi tra dogmatica e storiografia*, in *Rivista di Diritto Agrario*, n. 78, 1999

the late Middle Ages, called *Arti e corporazioni*, articulated by economic activity. *Arte degli Ortolani* and *Arte dei lavoratori del Frumento*, carried out respectively horticulture and farming, both of which were closely related to the economic and social reality of the territory, whose main resource was agriculture. The origin of *Arte Agraria*, now called *Università Agraria*, can be traced back to the *Arte dei lavoratori del Frumento*. From the end of the 15th century, the *Arte dei lavoratori del Frumento* exercised the right to cultivate both the land belonging to the Apostolic Camera of the Papal State and other private lands, paying a rent to the municipality. A rent that at first was temporary and then became perpetual. The enjoyment of these rented lands was reserved to the *participants* (members of the community), who were breeders of the small livestock or *mosciaroli*, i.e., farmers; the remaining part of the territory was used as pasture. The voices and the stories of these collective forms of enjoyment are documented in the archival sources of the *Congregazione del Buon Governo*. From these sources it emerges that the *Arte* and the Apostolic Camera of the Papal State had a direct and strong relationship.

The experience of the region of Sardinia, one of the two major islands of Italy, could appear unusual because it is related to its geographical condition and history. The natural isolation of the region – being an island – allowed the preservation of many important local institutions, both historical and juridical. Among these institutions, there are the civic uses.

Rights of civic uses exist in Sardinia since the Middle Ages and are known as *ademprivi* (from the Latin *ademprivia*). The basic rules provided that the feudal lord could acquire the fruits of his land (wood, increase in flocks, etc) subject to the right of *ademprivio*, i.e. only after the fulfillment of the demands of local people's daily life.

On October 6, 1820 it was enacted the so-called Royal "*Editto delle chiudende*", similar to the Anglo-Saxon "laws of enclosure", under which it was entitled the absolute ownership of common lands by the "*Comuni*" (local governments), while the private feudal land had to be hedged and closed as individual property²⁹.

Civic uses are now regulated in Sardinia by the regional law n. 12/1994³⁰, which divides them in two categories: the first includes woods

²⁹ I. Birocchi, *Per la storia della proprietà perfetta in Sardegna. Provvedimenti normativi, orientamenti di governo e ruolo delle forze sociali dal 1839 al 1851*, Milan, 1982.

³⁰ Legge regionale Sardegna 14 marzo 1994, n. 12, *Norme in materia di usi civici*. Mo-

and pastures; the second, land conveniently used for cultivation. The right to alienate the common land, or to change its use, is subject to the Regional permission and it is possible only when the local government has ascertained that the change gives a real benefit to the majority of citizens having the right to use that public land.

Today the most serious problem concerns the sale of land for public use, illegally perpetrated by several municipal government of the island of Sardinia in favor of private operators.

6. Conclusions

From our brief analysis it results that the millennial institution of civic uses still plays an important role in Italy and it fuels the debate on the commons.

We stressed the difference between civic uses and commons: the former constitute collective rights that refer to a specific community, while the latter may refer to a specific community or to a spread community, to whom every human being can potentially belong.

The persistence of these collective ownership structures also shows how it has been possible to preserve large areas for an environmental and sustainable economy and society thanks to the existence of civic uses.

As the legal doctrine – and in particular Antonio Jannarelli – has noted³¹, the issue of civic uses can actually represent a productive and useful laboratory, in which models of cooperation between state institutions and local organizations can be experienced in the framework of the principle of subsidiarity. Regional legislation, as he believes, could play an important role in this process.

Regretfully, in many areas of the country, the relationship between the ownership of these goods and their management - devolved to municipalities or separate local boards (which represent the exponential body of the *Communitas*) - remains critical.

Both civic uses and commons have today the same function, which is to grant the collective use of these goods in a reasonable and sustainable way, for they rely to future generations.

difica della legge regionale 7 gennaio 1977, n. 1, freely available at the following link: <http://www.normattiva.it/>

³¹ A. Jannarelli, *Gli usi civici ed i "beni comuni"*, see note 1

MAIN REFERENCES

- AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, M.R. Marella (ed.), Verona, 2012
- I. Birocchi, *Per la storia della proprietà perfetta in Sardegna. Provvedimenti normativi, orientamenti di governo e ruolo delle forze sociali dal 1839 al 1851*, Milan, 1982
- M. Bloch, *La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du 18esiècle*, Paris, 1930
- M. Bloch, *La société féodale. Les classes et le gouvernement des hommes*, Paris, 1940
- G. P. Bognetti, *Per la riforma della legge sugli usi civici*, in *Rivista di diritto agrario*, 1954
- F. Calasso, *Medio Evo del diritto*, Milan, 1954
- C. Cattaneo, *Rapporto sulla bonificazione del piano di Magadino*, 1853
- A. Cencelli Perti, *La proprietà collettiva in Italia, Le origini. Gli avanzi. L'avvenire. A proposito della abolizione dei diritti d'uso nelle provincie ex- pontificie*, Rome, 1890
- V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padua, 1983
- G. Cervati, *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, in *Nuovo Diritto Agrario*, 3-4, 1986
- E. Conte, *Beni comuni e domini collettivi tra storia e diritto*, in AAVV, *Oltre il pubblico e il privato*, M.R. Marella (ed.), Verona, 2012
- E. Conte, *Comune proprietario o comune rappresentante? La titolarità dei beni collettivi tra dogmatica e storiografia*, in *Rivista di Diritto Agrario*, n. 78, 1999
- E. Conte, *Demanio feudale*, in *Enciclopedia Federiciana* Ed. Istituto dell'Enciclopedia Italiana (Treccani), 2005
- E. Conte, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna, 2009
- E. Cortese, *Domini collettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milan, 1964
- G. Curis, *Gli usi civici*, Rome, 1928
- A. Dani, *Frutti naturali e domini comunitari nell'esperienza giuridica di Antico Regime*, in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2006, 1
- A. Dani, *Origini e continuità medievale del comunitarismo rurale: alcuni problemi storici aperti*, in *Studi Senesi*, 2008,1
- A. Dani, *Pluralismo giuridico e ricostruzione storica dei diritti collettivi*, in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2005, 1
- G. Flore, A. Siniscalchi, G. Tamburrino, *Rassegna di giurisprudenza sugli usi civici*, Rome, 1956
- A. Germano', *Usi civici*, in *Dig. Disc. Priv.*, vol. XIX, Turin, 1999, 535
- P. Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milan, 1992
- P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, Milan, 1988
- P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Rome-Bari, 1999
- P. Grossi, *Un altro modo di possedere.*

L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria, Milan, 1977

A. Jannarelli, *Gli usi civici ed i "beni comuni": un accidentato percorso giurisprudenziale*, in *Rivista diritto agrario*, II, n. 93, 291

F. Lauria, *Demani e feudi nell'Italia meridionale*, Naples, 1923

J. Le Goff, *Il Medioevo. Alle origini dell'identità europea*, Rome-Bari, 2001

F. Marinelli, *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu Messineo e Mengoni, Milan (ed. 2003 and 2013)

F. Marinelli, *La cultura del code civil*, Padua, 2004

F. Marinelli, *Miti e riti della proprietà*, L'Aquila, 2011

U. Mattei. *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2012

U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, (ed.),

I beni pubblici. Dal governo dell'economia alla riforma del codice civile, Rome, 2010

U. Petronio, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milan, 1992

S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Palermo 19-23 ottobre 1952, Milan, 1954, now in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milan, 1954

G. Raffaglio, *Diritti promiscui, demani comunali ed usi civici*, in *Enc. giur. It.*, Milan, ed. 1905, 1915, 1939

G. Ricoveri, *Beni comuni vs. merci*, Milan, 2010

G. Ricoveri, *Nature for sale. The Commons versus commodities*, PlutoPress, 2013

S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990

R. Trifone, *Feudi e demani, eversione della feudalità nelle provincie napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, Milan, 1909

FEDERICO PERNAZZA

Il rating di legalità*

SOMMARIO: 1. Legalità ed *error iuris* nel pensiero di Giovanni Criscuoli. - 2. Dall'errore giuridico scusabile all'incentivo al rispetto delle regole. Il *rating di legalità*. - 3. Legalità e *rating*, luci ed ombre di un rapporto complesso: l'affidabilità ed il valore normativo del *rating di legalità*. - 4. Rilievi conclusivi.

1. Legalità ed *error iuris* nel pensiero di Giovanni Criscuoli

In un saggio del 1986 Giovanni Criscuoli affrontava il delicato tema del rapporto tra l'antico brocardo "*ignorantia legis non excusat*" e lo spazio riconosciuto dal codice civile italiano all'errore di diritto.¹ Il complesso lavoro ermeneutico, caratterizzato da notevoli spunti di comparazione con il diritto inglese e francese, procedeva dall'evidente intento di assicurare il rispetto del valore della legalità ed in quest'ottica s'imperniava sull'esigenza di mantenere il principio espresso dall'antico canone costruendo strumenti per spiegare e superare l'apparente antinomia con l'attribuzione della rilevanza anche civilistica all'*error iuris*.

Grazie alla sua profonda conoscenza del diritto inglese, Criscuoli traeva dallo stesso una preziosa indicazione, rilevando come il principio "*ignorantia legis non excusat*" trovi un ben diverso rilievo in *common law* ed in *equity*. Nel citato saggio si rammentava, infatti, come l'ortodossia legalista propria della *common law* comporti l'equiparazione dell'errore di diritto all'errore di fatto in casi eccezionali ben individuati, al di fuori dei quali è del tutto irrilevante.² Al contrario, in *equity*, "la prevalente esigenza di rendere effettiva giustizia, o quanto meno, di evitare l'iniqui-

* Il presente lavoro è destinato al volume in memoria del prof. Giovanni Criscuoli intitolato *Modernità del pensiero giuridico di G. Criscuoli e diritto comparato*, a cura di Antonello Miranda, Giappichelli, 2015.

¹ G. CRISCUOLI, *Errore di diritto e riconoscibilità*, in *Riv. dir. civ.* 1986, p. 383 ss.

² La riconduzione in *common law* dell'esclusione del rilievo dell'*error iuris* alla massima "*ignorantia legis non excusat*" è colta sin nell'opera di P.H. WINFIELD, *Mistake of Law*, in *The Law Quarterly Review*, 1843, (vol. 59), p. 327; ma viene riscontrata dal Criscuoli anche nei più recenti trattati di CHESHIRE AND FIFOOT'S, *Law of Contract*, 10th ed. by M.P. Furmston, London, 1981, p. 202 e G.H. TREITEL, *An outline of the Law of Contract*, 3rd ed. London, 1984, p. 99.

tà", consente la considerazione nel merito "di tutti quei fattori che fanno apparire equa tanto la richiesta del rimedio quanto (...) la scelta del tipo di questa".³ Venivano quindi passati in rassegna i presupposti rilevanti ed i rimedi ammessi in *equity* per giungere alla conclusione che "la metodica inglese ci comunica che, anche nel nostro caso (n.d.r. quello dell'*error iuris*) il contrasto tra l'ossequio di un astratto programma di giustizia e l'affermazione di una soluzione di equità sostanziale che cancelli o impedisca la nequizia di un formalistico rispetto del piano deve essere guardato con gli occhi rivolti al fine ultimo del diritto come misura superiore di equilibrio".⁴ Così Criscuoli ci svela una concezione alta della legalità, che richiama la famosa definizione dantesca del diritto come "*personalis et realis hominis ad hominem proportio*".⁵

La suggestione tratta dall'approccio inglese all'*error iuris* conduce Criscuoli a dissolvere la "grande nebbia che avvolge la materia", superando le "distinzioni metafisiche" tra errore di fatto ed errore di diritto e restringendo il principio dell'inescusabilità dell'errore soltanto alle norme direttamente coperte dalle previsioni dell'art. 5 c.p.⁶ e degli artt. 1969 e 2732 c.c. Per tutte le altre norme la rilevanza dell'*error iuris* è dunque ammessa, purché l'errore presenti quei caratteri dell'essenzialità e della riconoscibilità qualificati dall'Autore quali indici "di una misura bilanciata, e per ciò equitativa, di plausibilità e sensibilità oggettiva del vizio, in ordine alle vicendevoli responsabilità dei contraenti a proposito della conoscenza della norma ed alla sua efficacia secondo il c.d. principio di incondizionalità che la riguarda".⁷

La riflessione del Criscuoli sulla portata dell'*error iuris* non intendeva dunque mettere in discussione il valore del brocardo "*ignorantia legis non excusat*" ovvero il carattere generale e fondamentale di tale principio, ma anzi intendeva contribuire a rafforzare il valore della legge e della legalità, superando le iniquità potenzialmente derivanti da un approccio legalistico.

³ G. CRISCUOLI, op. cit., p. 395.

⁴ G. CRISCUOLI, op. cit., p. 396.

⁵ DANTE ALIGHIERI, *De Monarchia*, II, 5, 3 ss.

⁶ Successivamente, all'esito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 364 del 24 marzo 1988, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 del codice penale nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile, Giovanni Criscuoli tornerà sul tema nel saggio intitolato "*Riflessi civilistici della costituzionalizzazione del principio penale di colpevolezza in tema di 'error iuris'*", pubblicato in *Riv. proc. civ.* 1994, p. 719 ss.

⁷ G. CRISCUOLI, op. cit., p. 412.

Infatti, il valore della legge e del suo rispetto vi è riaffermato precludendo l'applicazione della norma e l'intervento delle conseguenze / sanzioni civilistiche della sua violazione nel ristretto ambito di ipotesi in cui l'*error iuris*, essenziale e riconoscibile, le rende inique.

2. Dall'errore giuridico scusabile all'incentivo al rispetto delle regole. Il rating di legalità

Le critiche sollevate da Giovanni Criscuoli alla rigorosa applicazione del principio "*ignorantia legis non excusat*", al di fuori dell'ambito specifico cui si riferiscono, attirano l'attenzione sul tema dei complessi meccanismi culturali, sociologici, economici ed istituzionali, che giocano un ruolo fondamentale nell'adeguamento delle condotte umane alla regola giuridica.

Lo stesso approccio "laico" e consapevole delle difficoltà di promuovere la legalità si coglie in un recente intervento normativo italiano, che non si muove, però, nell'ottica della disapplicazione della norma quando le sue conseguenze si prospettano potenzialmente inique, ma in quella innovativa dell'attribuzione di un punteggio comparativo riferito al rispetto di un complesso predefinito di norme con effetto premiale nel caso del raggiungimento di determinate soglie.

Anche tale approccio appare eterodosso a fronte di una concezione tradizionale basata sull'efficacia incondizionata della norma giuridica e sull'esclusivo contrappeso della sanzione, e pertanto la sua valutazione merita di essere compiuta all'esito di una considerazione complessiva alla luce dei potenziali effetti concreti e del parametro dell'equità.

Il c.d. decreto Crescitalia⁸ ha proposto un peculiare meccanismo di incentivazione al rispetto di alcuni importanti sistemi di regole attinenti le attività economiche, che sembra senza precedenti,⁹ anche in ambi-

⁸ Decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012 (c.d. decreto Crescitalia), convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Un commento integrale del nuovo istituto si legge in T. TOMASI, *Il rating di legalità come premio per le imprese virtuose*, in NLCC, 2015, p. 134 ss.

⁹ L'idea di introdurre una normativa sul *rating di legalità* sembra che sia maturata nell'ambito confindustriale con riferimento specifico alle imprese che avessero tenuto una condotta di contrasto alla criminalità organizzata; cfr. M. PANZERI, *Il rating di legalità*, in *Amministrazione e Finanza*, n. 3/2013, p. 72. Una volta avviato l'iter normativo ed individuata l'AGCM quale Autorità competente all'attribuzione del *rating*, si è adottata una concezione più vasta di legalità nella gestione dell'impresa e si è quindi ampliato lo spettro delle condizioni rilevanti rendendo, però, nel contempo meno riconoscibile l'obiettivo originariamente ipotizzato.

to comparatistico: il cosiddetto *rating di legalità*.

Il nuovo istituto ha carattere di indubbia peculiarità, poiché si configura come uno strumento di promozione ed incentivazione del rispetto sia di norme imperative sia di modelli organizzativi e standard di condotta concernenti comportamenti aziendali, non obbligatori, ma considerati virtuosi, in quanto suscettibili di prevenire l'infiltrazione criminale nelle attività economiche.

L'art. 5-ter del decreto legge n. 1/2012 ha attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di assegnare un particolare tipo di *rating* in favore delle imprese operanti sul territorio nazionale con un fatturato minimo di almeno due milioni di euro.

La previsione normativa ha trovato attuazione ed una più analitica disciplina nella delibera dell'AGCM del 14 novembre 2012, poi più volte modificata,¹⁰ che ha stabilito i requisiti ed il procedimento necessari per l'ottenimento del *rating di legalità* e per la sua graduazione.

Il *rating di legalità* è evidentemente facoltativo e quindi l'avvio della procedura per il suo ottenimento può intervenire soltanto a seguito di richiesta dell'impresa.

Il procedimento si avvia, in effetti, con l'istanza dell'impresa corredata da una autocertificazione avente ad oggetto l'insussistenza di condanne, di provvedimenti sanzionatori o di applicazioni di pene su richiesta e di misure di prevenzione di carattere personale o patrimoniale o misure cautelari in relazione ai reati di cui al decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001, ai reati tributari di maggiore gravità, ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione, ovvero di azioni penali avviate ai sensi dell'articolo 405 c.p.p. per delitti aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, nonché l'insussistenza di condanne o misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.¹¹ L'istante deve inoltre attestare l'insussistenza di recenti provvedimenti delle competenti autorità di condanna per illeciti *anti-trust* gravi o per pratiche commerciali scorrette, di accertamento di un maggior reddito imponibile rispetto a quello dichiarato, di accertamento del

¹⁰ La delibera n. 24075 del 14 novembre 2012 è stata modificata con le delibere n. 24953 del 5 giugno 2014, n. 25017 del 17 luglio 2014 e n. 25207 del 4 dicembre 2014. Il regolamento vigente nel testo coordinato con le modifiche si legge in www.agcm.it

¹¹ Se l'impresa è individuale i requisiti debbono essere certificati rispetto al titolare ed al direttore tecnico; se l'impresa è collettiva la dichiarazione dovrà riguardare gli amministratori, il direttore generale, il direttore tecnico, il rappresentante legale, nonché i soci persone fisiche titolari di partecipazioni di maggioranza.

mancato rispetto delle previsioni di legge relative alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero di accertamento di violazioni in materia di obblighi retributivi, contributivi e assicurativi e di obblighi relativi alle ritenute fiscali concernenti i propri dipendenti e collaboratori, nonché di provvedimenti sanzionatori dell'ANAC o di annotazioni nel casellario informatico che implichino la preclusione alla stipula di contratti o alla partecipazione a procedure volte alla conclusione di contratti con la pubblica amministrazione.

L'impresa istante deve infine dichiarare di effettuare pagamenti e transazioni finanziarie di ammontare superiore alla soglia di mille euro esclusivamente per il tramite di strumenti di pagamento tracciabili e di non essere destinataria di recenti provvedimenti inadempiti di revoca di finanziamenti pubblici di cui è o è stata beneficiaria.

La natura dei requisiti è dunque varia, attenendo sia all'insussistenza di condotte penalmente rilevanti sia all'inadempimento di obblighi nei confronti della Pubblica Amministrazione, ed in particolare dell'Erario, ovvero rispetto ad alcune categorie di soggetti, quali i lavoratori o i concorrenti, ovvero ancora a norme che integrano mere cautele e misure di prevenzione dell'illecito (ad es. il pagamento tracciabile di somme di denaro).

In presenza di tutti gli indicati requisiti¹² è possibile ottenere il *rating di legalità* minimo (una stella) e l'inserimento nell'elenco pubblicato dall'AGCM sul proprio sito.¹³

La loro verifica è effettuata dall'AGCM attraverso lo scambio di informazioni con il Ministero dell'Interno¹⁴ ed il Ministero della Giustizia, l'accesso al casellario giudiziario e dei carichi pendenti e la richiesta di informazioni alle amministrazioni competenti.

Il Regolamento prevede sei ulteriori requisiti che consentono alle imprese di ottenere un + ciascuno ed una ulteriore stelletta ogni tre re-

¹² L'elenco dei requisiti si è venuto accrescendo a seguito delle delibere di modifica del regolamento da parte dell'AGCM tanto in relazione alle fattispecie di reato quanto in relazione a condotte sanzionate in via amministrativa dalla stessa AGCM o dalla Commissione Europea, dalle amministrazioni competenti in materia fiscale e previdenziale, dall'ANAC e da altre ancora. L'ottenimento del *rating di legalità* è divenuto quindi progressivamente più complesso, sia per il maggior rigore nei requisiti, sia per la difficoltà nel loro accertamento. Il procedimento di accertamento si presenta più articolato, in particolare, in presenza delle ipotesi di deroga ai requisiti sopraindicati previste ai commi 4 e 5 dell'articolo 2 del Regolamento.

¹³ Fino ai primi di maggio 2015 risulta attribuito il *rating di legalità* a 497 imprese.

¹⁴ Il Ministero dell'Interno è tenuto a fornire all'AGCM l'indicazione delle comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità fino alla attivazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia.

quisiti fino ad un massimo di tre stellette. Tali ulteriori requisiti consistono nel:

- 1) rispettare i contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e da Confindustria e delle linee guida che ne costituiscono attuazione,¹⁵ dei Protocolli sottoscritti dal Ministero dell'Interno con la Lega delle Cooperative e con altre associazioni di categoria nonché dei Protocolli sottoscritti a livello locale dalle Prefetture e dalle associazioni di categoria;
- 2) utilizzare sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge;
- 3) adottare una funzione o una struttura organizzativa che effettui il controllo di conformità delle attività aziendali alle disposizioni normative applicabili all'impresa o un modello organizzativo ai sensi del Decreto legislativo n. 231/2001;
- 4) adottare processi per garantire forme di *Corporate Social Responsibility*;¹⁶
- 5) essere iscritte in uno degli elenchi (*white lists*) di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa; ed infine,
- 6) avere aderito a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria.

Il *rating di legalità* ha la durata di due anni dal rilascio ed è rinnovabile su richiesta dell'impresa interessata. In caso di perdita di uno dei requisiti-base necessari per ottenere una "stelletta", l'Autorità dispone la revoca del *rating*. Se vengono meno i requisiti grazie

¹⁵ Il primo protocollo di legalità tra il Ministero dell'Interno e Confindustria al fine di contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nell'economia è stato sottoscritto il 10 maggio 2010; il protocollo è stato poi rinnovato il 19 giugno 2012 ed integrato con un atto aggiuntivo il 22 maggio 2014. Il protocollo ha fatto seguito alla delibera di Confindustria del 22 gennaio 2010, che impone alle Associazioni Industriali di prevedere nei propri Codici Etici il dovere di denuncia per gli associati che subiscono estorsioni o altri delitti idonei a limitarne l'attività economica, ma anche l'espulsione dell'impresa i cui vertici siano stati condannati per reati di associazione di tipo mafioso o la sua sospensione nel caso di irrogazione di misure di prevenzione o sicurezza o di rinvio a giudizio per reati di mafia. La documentazione è accessibile sui siti www.ministerointerno.it e www.confindustria.it

¹⁶ Una ampia rivisitazione critica della teoria sulla *Corporate Social Responsibility* si rinviene in M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. Soc.* 2009, p. 1 e ss. Sul rapporto tra CSR e legalità anche a livello internazionale, cfr. F. PERNAZZA, *Legalità e Corporate Social Responsibility nelle imprese transnazionali*, in *Dir. Comm. Int.*, 2013, p. 153 ss., nonché in M.B. DELI – M.R. MAURO – F. PERNAZZA – F.P. TRAISCI, *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, Napoli, 2012, p. 145 ss.

ai quali l'azienda ha ottenuto un *rating* più alto, l'AGCM riduce il numero di "stellette" portandolo a quello corrispondente ai requisiti posseduti.

L'attribuzione del *rating di legalità* non ha il mero beneficio reputazionale derivante dalla pubblicità che dello stesso è data attraverso il sito dell'AGCM o dalle stesse aziende, ma comporta agevolazioni normativamente preordinate. Infatti, in attuazione di quanto disposto dalla legge n. 27/2014, è stato emanato un decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, con il quale sono stati stabiliti benefici, da un lato, nell'ottenimento di finanziamenti pubblici e, dall'altro, nell'accesso al credito bancario.¹⁷

3. Legalità e rating, luci ed ombre di un rapporto complesso: l'affidabilità ed il valore normativo del rating di legalità

La previsione di una disciplina di favore per chi rispetta alcune norme fondamentali della convivenza sociale ed economica appare, ad una prima analisi, una "sconfitta" dell'ordinamento giuridico. Sembra, infatti, che dall'esistenza di una tale disciplina possa implicitamente desumersi che l'integrale rispetto delle regole sia impossibile o improbabile e che il meccanismo della sanzione non sia più sufficiente per assicurarlo; da ciò discenderebbe la necessità di creare una distinzione tra soggetti, enti ed imprese a seconda della gravità delle violazioni, cosicché una posizione privilegiata venga riconosciuta a quelli che, quantomeno, non si siano macchiati delle violazioni più gravi.

In effetti, però, preso atto della diffusione di fenomeni quali l'infiltrazione criminosa nelle attività economiche, la corruzione, l'evasione fiscale, il lavoro nero, etc., e dell'insufficienza degli strumenti repressivi

¹⁷ Il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 20 febbraio 2014, n. 57 ha previsto che le imprese dotate di *rating di legalità* in sede di concessione di finanziamenti pubblici ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 12 sono esonerate dal documentare i requisiti di cui all'art. 2, comma 2, del Regolamento AGCM e beneficiano di meccanismi di premialità che possono tradursi alternativamente in preferenza in graduatoria, attribuzione di punteggio aggiuntivo o riserva di quota delle risorse finanziarie allocate. L'applicazione di tali meccanismi deve essere tarata in base al punteggio ottenuto dall'impresa in sede di attribuzione del *rating di legalità*. Rispetto invece all'accesso al credito, il D.M. impone alle banche di prevedere per le imprese dotate di un *rating di legalità* procedure agevolate nella tempistica e nei costi. Al fine di assicurare il rispetto di tali disposizioni è altresì previsto che le banche debbano comunicare alla Banca d'Italia le ipotesi in cui ciò non sia avvenuto e le relative motivazioni. La Banca d'Italia pubblica annualmente in modo aggregato i dati così acquisiti.

per sradicarli,¹⁸ la prospettazione di meccanismi diversi, come quelli premiali, appare altrettanto logica e necessaria, nei limiti in cui se ne riscontri l'efficacia.

In quest'ottica non appare ragionevole, in ossequio ad un approccio tradizionale circa i meccanismi deputati ad assicurare il rispetto delle regole, respingere per principio l'istituto del *rating di legalità*, che è stato sviluppato proprio sulla base dell'apprezzabile intento di introdurre meccanismi di incentivazione del rispetto di alcune norme fondamentali dell'ordinamento giuridico-economico, senza valutarne analiticamente gli elementi che possono incidere sulla sua efficacia.

L'analisi della sopra descritta regolamentazione evidenzia, però, fondati motivi di criticità.

In primo luogo, l'utilizzo del termine "*rating*" e la previsione di meccanismi premiali concernenti specificamente la concessione di finanziamenti pubblici e l'accesso al finanziamento bancario evidenzia una potenziale confusione concettuale.

Come noto, infatti, nel corso del XX secolo si è venuto sviluppando il "*credit rating*" ovvero un modello di valutazione comparata della solvibilità finanziaria, che, anche grazie al formarsi di un ricco patrimonio statistico-economico, è divenuto uno degli strumenti principali del sistema finanziario e bancario internazionale per l'allocazione del credito. Benché il *credit rating* sia stato sviluppato in origine da singoli operatori privati e poi da imprese specializzate, le agenzie di *rating*, esso ha assunto una progressiva rilevanza pubblicistica ed è stato richiamato dalla regolamentazione finanziaria, prima statunitense e poi globale, quale criterio di valutazione del rischio di credito, fino alle più recenti crisi, che ne hanno messo in discussione l'affidabilità e l'opportunità del richiamo normativo.

Orbene, è di tutta evidenza che il "*rating di legalità*" non ha nulla a che vedere con una valutazione di solvibilità aziendale, limitandosi a prendere in considerazione il rispetto di norme imperative penalmente, amministrativamente e civilmente sanzionate, e l'adozione di modelli organizzativi o di norme di condotta orientati alla prevenzione dell'illecito ed al perseguimento di obiettivi di interesse generale. E' ragionevole ritenere che il rispetto del complesso normativo richiamato dal *rating di legalità* sia importante nello sviluppo di lungo periodo delle imprese e del

¹⁸ Non può prescindersi, ad esempio, da dati e statistiche globali quali il *Corruption perceptions index* elaborato dalla ONG Transparency International, che vede nel 2014 l'Italia collocata al 69° posto su 175 Stati e territori, con un punteggio di 43 su 100; cfr. www.transparency.org

sistema produttivo, ma ciò non deve indurre in errore circa i presupposti della sua regolamentazione: si prevede un incentivo nell'accesso al finanziamento pubblico e bancario non in quanto le imprese dotate del *rating di legalità* siano più solvibili, ma in quanto se ne intendono premiare le scelte organizzative e di politica aziendale. La valutazione della regolamentazione va dunque effettuata alla luce di tale finalità.

Ciò premesso, occorre ancora considerare che il meccanismo del *rating*, a prescindere dall'oggetto della valutazione, presenta numerose peculiarità e difficoltà applicative, che si sono evidenziate in particolare rispetto al *credit rating*, ma che sono comuni a tutti i meccanismi di valutazione comparata, specie se impostati sulla creazione di una serie di classi individuate attraverso l'attribuzione di simboli sintetici graduati (nel caso di specie tre classi distinte da una a tre stellette e, per le due classi con una o due stellette, relative sottoclassi distinte da uno a tre segni +).

Contrariamente ad altre ipotesi di valutazioni comparate, nel *rating di legalità* non si pone il problema dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'ente chiamato ad attribuire il *rating*, poiché si tratta di un'agenzia pubblica.¹⁹ Tale caratteristica, d'altronde, implica un investimento di risorse erariali, a differenza dei *rating* elaborati da agenzie o enti privati, e quindi una valutazione complessiva dell'istituto dovrebbe tener conto di tale aspetto in termini di rapporto costo/benefici.²⁰

D'altra parte, a prescindere dalla natura giuridica dell'ente che attribuisce il *rating*, l'affidabilità dello stesso dipende, in primo luogo, dalla correttezza dei dati su cui si basa e quindi dai meccanismi utilizzati per la loro acquisizione.

Per l'ottenimento del *rating di legalità*, il procedimento prevede l'autocertificazione dei requisiti da parte dell'istante ed una successiva verifica d'ufficio da parte dell'AGCM. L'Autorità trasmette l'istanza al Ministero della Giustizia ed al Ministero dell'Interno per la verifica delle condanne definitive, dei carichi pendenti e delle comunicazioni o segnala-

¹⁹ Il problema dell'indipendenza e dell'imparzialità è invece centrale nel dibattito sulla regolazione delle agenzie di *credit rating*, proprio in considerazione della loro natura privatistica e del modello di finanziamento della loro attività, che grava sugli enti sottoposti a *rating*. Sul tema la letteratura è vastissima; per un quadro aggiornato cfr. G. PRESTI, voce "Rating" in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, p. 847 ss. Anche in tale ambito è stata ipotizzata l'istituzione di un'agenzia pubblica a livello comunitario (cfr. Reg. n. 1060/2009, considerando n. 73), ma allo stato nessun passo concreto è stato messo in atto in tal senso.

²⁰ E' evidente che il beneficio sistemico derivante dall'incentivo al rispetto del complesso di norme prese in considerazione dal *rating di legalità* non è quantificabile in termini economici, ma ciò non può far obliterare la circostanza che si tratta di un beneficio ottenuto attraverso un notevole dispendio di attività e risorse pubbliche e private.

zioni antimafia interdittive in corso di validità e può chiedere informazioni a tutte le Pubbliche Amministrazioni competenti. L'istruttoria appare dunque in grado di assicurare, almeno in una fase iniziale, affidabilità sull'accertamento dei presupposti,²¹ ma è relativamente complessa e sicuramente onerosa per le amministrazioni coinvolte.

Assai minore affidabilità è assicurata dal Regolamento circa la persistenza dei requisiti nel biennio di validità del *rating di legalità*. Infatti, l'aggiornamento dei requisiti e la segnalazione della loro eventuale perdita è rimessa all'impresa istante, che è tenuta a comunicare all'Autorità ogni variazione dei dati riportati nei propri certificati camerali e qualunque evento che incida sul possesso dei requisiti; tale obbligo è tuttavia sanzionato soltanto con la revoca del *rating di legalità*. D'altra parte, il Ministero dell'Interno e le altre Pubbliche Amministrazioni sono tenute a comunicare l'eventuale venir meno dei requisiti, ma ciò presuppone che presso le stesse sia stato previsto un procedimento per la comunicazione di tali informazioni all'AGCM senza che questa ne abbia fatto richiesta.²²

Un altro profilo di notevole delicatezza attiene alla valutazione dei presupposti. Infatti, mentre i requisiti minimi per ottenere il *rating di legalità* sono costituiti da presupposti inequivocabili ed accertabili mediante le pubbliche amministrazioni coinvolte,²³ i requisiti in base ai quali

²¹ L'affidabilità non è comunque assoluta, poiché per il casellario giudiziale è prevista una verifica a campione e rispetto alle amministrazioni pubbliche diverse dai due Ministeri citati la consultazione è rimessa alla discrezionalità dell'AGCM. D'altronde, l'attestazione di requisiti non veritieri da parte dell'istante è sanzionata penalmente ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

²² E' significativo che anche rispetto al *credit rating* uno dei problemi connessi all'affidabilità sia derivato dalla correttezza delle informazioni, non tanto rispetto alla fase di prima elaborazione, ma rispetto al loro aggiornamento: non a caso il Regolamento CE n. 1060/2009 relativo alle agenzie di *rating* del credito ha prescritto (art. 8) l'obbligo di controllo dei *rating* e delle relative metodologie di elaborazione in modo costante ed almeno con cadenza annuale; il Regolamento UE n. 462/2013 ha integrato detto obbligo prevedendo per i *rating* sovrani un riesame semestrale: sui problemi connessi alla tempistica di aggiornamento sia consentito rinviare a F. PERNAZZA, *Il rating del debito sovrano: profili giuridici*, in M. R. MAURO – F. PERNAZZA, *Il debito sovrano tra tutela del credito e salvaguardia della funzione dello Stato*, Napoli, 2014, p. 135.

²³ L'accertamento indiretto non è peraltro sempre possibile: ad esempio, "l'effettuazione di pagamenti e transazioni finanziarie per importi superiori a mille euro soltanto mediante strumenti tracciabili", così come "l'insussistenza di provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici di cui l'impresa è o è stata beneficiaria, per i quali non siano stati assolti gli obblighi di restituzione, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di *rating*", non sono presupposti agevolmente accertabili mediante richiesta ad amministrazioni o mediante accesso a banche dati.

L'AGCM può riconoscere un *rating* più elevato (aggiunta di segni + per ciascuna condizione soddisfatta, attribuzione di una ulteriore stelletta ogni tre segni +) sono numerosi, alternativi, dal contenuto variabile e quindi di più difficile accertamento e valutazione.²⁴ Ad esempio, l'adozione di una funzione o struttura organizzativa, anche in *outsourcing*, che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa ovvero di un modello organizzativo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, così come l'adozione di processi volti a garantire forme di *Corporate Social Responsibility* anche attraverso l'adesione a programmi promossi da organizzazioni nazionali o internazionali e l'acquisizione di indici di sostenibilità, sono circostanze che l'impresa autocertifica e che l'AGCM può verificare soltanto richiedendo una cospicua documentazione ed esaminandola nel merito.

Inoltre, i requisiti richiesti si sono accresciuti nel tempo e presumibilmente muteranno ulteriormente, da un lato, a causa delle modifiche del Regolamento apportate dalla stessa AGCM e, dall'altro, per i richiami normativi aperti in esso contenuti, quale, in primo luogo, quello ai reati di cui al decreto legislativo n. 231/2001, il cui elenco è in costante incremento. E' ineluttabile quindi che il *rating di legalità* assuma un diverso valore a seconda del momento in cui viene attribuito e che ad esso non corrisponda necessariamente una uniformità di situazioni giuridiche.

E' presumibile, inoltre, che l'attribuzione di segni positivi o di stellette ulteriori rispetto al *rating* base (una stelletta) possa conseguirsi rispetto a situazioni variabili e potenzialmente accertate e valutate con modalità non standardizzate dall'AGCM. Ne consegue che l'affidabilità del *rating di legalità* rispetto a tali situazioni è discutibile e certamente minore rispetto ai presupposti necessari per ottenere il *rating* di base.

Le potenziali falle normative e regolamentari circa l'affidabilità e l'effettivo valore del *rating di legalità* assumono una diversa rilevanza a seconda delle conseguenze che derivano dalla sua attribuzione. Come già segnalato, il possesso di un *rating di legalità*, per previsione normativa, costituisce il presupposto in base al quale debbono essere riconosciuti privilegi in relazione alla concessione di finanziamenti pubblici e privati. Tale opzione appare, da un lato, pericolosa e, dall'altro, sembra essersi concretata in risultati di modesta portata.

²⁴ Si è pertanto evidenziato che l'opinabilità circa la sussistenza dei requisiti necessari per accedere a punteggi superiori a quello base potrebbero indurre ad autocertificazioni che consapevolmente o in buona fede attestino requisiti la cui sussistenza è poco probabile che sia verificata e su cui sarebbe comunque possibile mettere in discussione l'interpretazione offerta dall'AGCM; in tal senso anche M. PANZERI, *Il rating di legalità*, cit. p. 76.

La pericolosità consiste nella circostanza che, una volta che il riferimento al *rating* è incorporato in previsioni normative, le potenziali lacune o incertezze nel processo di attribuzione si traducono in un pregiudizio concreto rispetto alle posizioni giuridiche dei soggetti interessati dall'applicazione delle norme che richiamano il *rating*.²⁵ Così, in ipotesi, un'impresa che abbia ottenuto indebitamente un *rating di legalità* potrebbe trovarsi avvantaggiata rispetto ad un'altra che l'abbia ottenuto legittimamente o ad un'altra ancora che, pur non avendolo richiesto, abbia in effetti tutti i requisiti per ottenerlo. Insorge dunque la necessità di assicurare efficienza e sicurezza al procedimento di attribuzione, creandosi altrimenti i presupposti per un contenzioso attivabile da parte di imprese concorrenti sia in relazione all'accertamento dell'insussistenza dei presupposti per l'ottenimento del *rating di legalità* sia *ex post* per risarcimento danni nei confronti dell'Autorità competente ad attribuirlo.

D'altronde, da più parti si è lamentato che il beneficio riconosciuto in base alla citata regolamentazione alle imprese dotate di *rating di legalità* non sarebbe adeguato e comunque non giustificerebbe il maggior onere amministrativo gravante sulle stesse imprese e sulle amministrazioni pubbliche per l'implementazione della normativa.²⁶ Quanto al primo profilo, il rilievo non attiene tanto agli oneri burocratici necessari per ottenere il *rating*, poiché essi si risolvono principalmente in una serie di autocertificazioni, quanto piuttosto agli adempimenti prodromici, agli obblighi di aggiornamento ed alle responsabilità in cui si può incorrere in caso di riscontro di irregolarità. Assai maggiore rilevanza assumono le

²⁵ Il tema evoca quello degli effetti, per la verità assai più rilevanti e perniciosi, dell'attribuzione di un valore normativo ai *credit rating* ovvero dell'utilizzazione del *credit rating* quale parametro di determinazione e di valutazione della condotta di alcune categorie di operatori del mercato finanziario: sul tema cfr. per tutti F. PARTNOY, *The Siskel And Ebert of Financial Markets?: Two Thumbs Down For The Credit Rating Agencies*, in 77 *Washington University Law Quarterly*, 1999, p. 619 ss. Gli effetti deleteri derivanti dall'attribuzione di un valore normativo al *credit rating* hanno condotto ad una rimozione dei richiami sia nella legislazione statunitense che in quella europea. Le argomentazioni per tale radicale conseguenza sono, come vedremo, in qualche misura riproponibili anche per il *rating di legalità*.

²⁶ Il tema del bilanciamento tra le misure di contrasto dell'illegalità, ed in particolare della corruzione, ed il costo in termini di oneri amministrativi che esse possono indurre è evidenziato anche a livello europeo: si veda, ad esempio, il Libro Verde sulla modernizzazione della politica UE in materia di appalti pubblici del 27 gennaio 2011 (COM(2011) 15 definitivo), in cui nel capitolo dedicato alla lotta contro i favoritismi e la corruzione, si precisa che (pag. 54) "è necessario valutare l'opportunità di integrare alcune garanzie specifiche nella normativa UE in materia di appalti pubblici a condizione di non imporre oneri amministrativi sproporzionati".

incombenze gravanti sulla Pubblica Amministrazione, a partire dall'AGCM e dai Ministeri della Giustizia e dell'Interno. Ciò non deriva soltanto dal procedimento di accertamento dei presupposti per il riconoscimento del *rating* ovvero per la verifica della loro persistenza nel biennio, ma anche a causa del sovrapporsi del *rating di legalità* con una serie di altre forme di incentivazioni alla legalità ovvero di normative volte alla selezione delle imprese legittimate a svolgere determinate attività, specie se in rapporto con la Pubblica Amministrazione. In tale ambito, infatti, prima spontaneamente e poi sotto l'egida dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici,²⁷ delle Prefetture in base alla legislazione antimafia nonché di alcune amministrazioni regionali, si sono venute formando varie liste di imprese con diversa rilevanza giuridica. In mancanza di un coordinamento tra le liste di imprese finalizzate a semplificare proceduralmente l'accesso alle gare pubbliche, si prospetta il rischio di un effetto opposto a quello perseguito, ovvero i meccanismi di semplificazione amministrativa rischiano di trasformarsi in procedimenti burocratici che appesantiscono l'attività d'impresa con un ulteriore carico di adempimenti e richieste documentali.²⁸

4. Rilievi conclusivi

Il *rating di legalità* è stato concepito con il lodevole intento di introdurre un meccanismo premiale, con specifico riferimento alle imprese che tengano una condotta di rigida contrapposizione a tentativi di penetrazione mafiosa.

La difficoltà di individuare le condotte sintomatiche rilevanti e l'impossibilità di distinguere all'interno del concetto di "legalità" le suddette condotte rispetto ad altre correlate a diversi fenomeni di grave illega-

²⁷ L'art. 62 bis del d.lgs. n. 82/2005, nel quadro del Codice dell'amministrazione digitale, ha istituito presso l'Avcp la Banca dati nazionali dei contratti pubblici, presso la quale è costituita anche l'anagrafe delle stazioni appaltanti. Le competenze dell'Avcp sono state trasferite all'Autorità Nazionale Anticorruzione con il d. l. n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014.

²⁸ Tale tematica è approfondita da G. MARCHIANO', *White list, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa ?*, in www.osservatorioappalti.unitn.it ed in *Munus Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2, 2013. L'Autrice segnala in particolare che con il *rating di legalità* finiscono per incrementarsi le autorità detentrici delle c.d. *white lists* (AGCM, Avcp ora ANAC, Prefetture etc.), con aggravio di costi e di complessità procedimentale. Il rilievo critico sembra da ultimo condiviso dagli operatori, nonostante il costante accrescersi del numero delle imprese che hanno ottenuto il *rating di legalità*: cfr. L. MANCINI, *Due ostacoli frenano il rating*, in *Il Sole 24ore*, 11 maggio 2015.

lità economica, hanno comportato una progressiva estensione dei requisiti necessari per l'ottenimento del *rating di legalità* minimo, cui si sono aggiunti requisiti ancor più vari e di complesso accertamento per l'ottenimento di un *rating di legalità* più elevato.

Ne conseguono una perdita di chiarezza di intenti e rischi circa l'affidabilità e la comparabilità dei *rating di legalità*. Nel contempo, la compresenza di più Autorità e diversi presupposti per l'accesso a liste di imprese ammesse a procedure semplificate per la conclusione di appalti o affidamenti da parte della Pubblica Amministrazione incrementa gli oneri burocratici per le imprese, mentre i benefici del *rating di legalità* rispetto al finanziamento pubblico e privato appaiono ancora tutti da verificare.²⁹

Sembra dunque che il meccanismo del *rating di legalità* mal si presti a fondare una legislazione che imperativamente attribuisca una posizione di privilegio alle imprese dotate del *rating*, risultando invece preferibile che l'effetto positivo che esso persegue, la diffusione di una cultura della legalità, si maturi attraverso il suo apprezzamento da parte del mercato, piuttosto che per imposizione normativa.

D'altra parte, la valutazione della legalità di un soggetto, di un ente o di un'impresa, mal si concilia con un riconoscimento astratto e generico, fermo nel tempo e avulso dalle circostanze concrete rispetto alle quali il giudizio di legalità può essere pronunciato, e tanto meno ad una graduazione in base ad una scala predefinita; il giudizio di legalità non può risolversi in un approccio legalistico e burocratico volto a riscontrare il rispetto, per riprendere le parole di Criscuoli, di un astratto programma di giustizia, che prescinda da una valutazione di equità sostanziale necessariamente legata ad una verifica delle circostanze concrete.

²⁹ Nell'articolo di L. Mancini citato nella nota precedente si riferisce anche delle prime iniziative, ancora sporadiche, di istituti bancari per favorire, quantomeno nella temporistica per il finanziamento, le imprese dotate di *rating di legalità*.

Il nuovo licenziamento collettivo

SOMMARIO: 1. Le tutele crescenti: eliminata la reintegrazione nei licenziamenti economici. - 2. Due regimi diversi per il licenziamento collettivo. - 3. Le novità sul licenziamento collettivo dei dirigenti. - 4. Il licenziamento discriminatorio. - 5. La conciliazione agevolata.

1. Le tutele crescenti: eliminata la reintegrazione nei licenziamenti economici

Il decreto legislativo sul “contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti” (d.lgs. n. 23/2015) si è posto chiaramente l’obiettivo di regolare in modo completo la materia dei licenziamenti – sia economici che disciplinari¹ – per i soggetti assunti a tempo indeterminato dopo l’entrata in vigore del decreto stesso, ponendo quindi una disciplina alternativa all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori che per essi non troverà più applicazione. Anche per le aziende che, mediante nuove assunzioni, supereranno la soglia della tutela reale – cioè 15 dipendenti nell’unità produt-

¹ Sulla riforma del licenziamento nel c.d. Job Act si v. R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, Giappichelli, 2015; F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in “Argomenti di diritto del lavoro”, n. 1 del 2015, p. 1 e ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 statuto dei lavoratori*, in “Rivista italiana del diritto del lavoro”, del 2012, p. 436 e ss.; A. VALLEBONA, *Licenziamento: mezzo secolo di andirivieni*, in “Massimario di Giurisprudenza del Lavoro”, 2015, n. 4, p. 190 e ss.; M.N. BETTINI, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, ivi, Colloqui giuridici sul lavoro, 2012, p. 12.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, “Massimario di Giurisprudenza del Lavoro”, n. 6 di giugno 2015, p. 366 e ss.; P. ICHINO, *Il contratto a tutele crescenti. Una prima lettura dello schema di decreto*, in www.pietroichino.it, Milano, 2015.

In particolare sul tema del licenziamento disciplinare v. F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in “Argomenti di diritto del lavoro”, n. 6 del 2012, p. 1103; M. PERSIANI, *Altra notarella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, ivi, n. 3 del 2015, p. 645 e ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, ivi, n. 2 del 2015, p. 269 e ss.; R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, ivi, p. 26 e ss.; C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, ivi, p. 97 e ss.; L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, ivi, n. 3 del 2015, p. 507 e ss.

tiva in ambito comunale, ovvero 60 dipendenti complessivamente – non si applicherà l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ma il regime delle tutele crescenti².

In particolare, per i c.d. licenziamenti economici, sia individuali che collettivi, la riforma ha eliminato la reintegrazione nel posto di lavoro, fatta salva l'ipotesi del licenziamento nullo o intimato verbalmente³.

L'art. 3 del decreto legislativo stabilisce che se il licenziamento economico, cioè per giustificato motivo oggettivo, è illegittimo *“il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità”*.

Come era avvenuto per la c.d. riforma Fornero (l. n. 92/2012) il legislatore non tocca i presupposti sostanziali del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che dunque rimangono quelli di sempre: la sussistenza della ragione produttiva e organizzativa (art. 3 l. n. 604/1966) e il nesso di causalità di tale ragione con la posizione soppressa; il c.d. *repechage*; l'eventuale applicazione dei criteri di scelta.

Viene invece modificato l'apparato sanzionatorio in caso di licenziamento economico illegittimo.

Come è noto, prima della riforma Fornero nelle realtà c.d. “grandi” ove si applica l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori la conseguenza del licenziamento economico illegittimo era sempre l'applicazione del “vecchio” art. 18, cioè l'inefficacia del licenziamento ed una indennità risarcitoria pari a tutte le retribuzioni per il periodo non lavorato, oltre alla reintegrazione in servizio (sostituibile dal lavoratore con 15 mensilità: c.d. *opting out* unilaterale).

Dopo la riforma Fornero, invece, si è determinato un doppio regime sanzionatorio: se il fatto posto a base del recesso è *“manifestamente insussistente”* si applica una versione attenuata del vecchio art. 18, con la reintegrazione (salvo l'*opting out* del lavoratore) e l'indennità risarcitoria contenuta in un massimo di 12 mensilità, mentre in tutti gli altri casi il rapporto si interrompe ed il dipendente ha diritto soltanto ad una indennità che va da 12 a 24 mensilità (a scelta del giudice in base ai criteri legali)⁴.

² R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, cit., p. 62 e ss.

³ M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in “Argomenti di diritto del lavoro”, n. 3 del 2015, p. 310 e ss.

⁴ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, cit. p. 436 e ss.; L. MENGHINI, *La richiesta dell'indennità sostitu-*

Come detto, tale regime introdotto dalla riforma Fornero è ancora in vigore e resterà tale per i lavoratori delle aziende grandi assunti prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo in commento.

Viceversa, per i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo si applica il nuovo regime delle tutele crescenti. In base ad esso, il licenziamento economico illegittimo è sempre efficace ed estingue il rapporto di lavoro, ma il lavoratore ha diritto ad una indennità pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, con un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità⁵. Ciò significa che l'importo dell'indennità giudiziale è di 4 mensilità fino al termine del secondo anno di servizio, per poi crescere di 2 mensilità ogni anno fino al dodicesimo. Questa indennità non è assoggettata a contribuzione previdenziale come già previsto per le indennità dell'art. 18 l. n. 300/1970 (da 12 a 24 mensilità per il recesso ingiustificato, nonché da 6 a 12 mensilità per i vizi formali), della tutela obbligatoria di cui alla l. n. 604/1966 (da 2,5 a 6 mensilità) e del contratto a termine di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010 (da 2,5 a 12 mensilità)⁶.

Invece, nelle c.d. aziende piccole⁷ per i lavoratori assunti a tempo indeterminato dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo non si applica più la legge n. 604/1966 (c.d. tutela obbligatoria) ma un regime di tutele crescenti dimezzato rispetto agli altri lavoratori.

In particolare, il licenziamento ingiustificato – sia economico che disciplinare – estingue (come sempre) il rapporto di lavoro ed il lavoratore ha diritto ad una indennità pari ad una mensilità per ogni anno di servizio, con un minimo di 2 ed un massimo di 6 mensilità. Ciò significa che l'importo dell'indennità giudiziale è di 2 mensilità fino al termine del secondo anno di servizio, per poi crescere di una mensilità ogni anno fino al sesto anno di servizio⁸.

La disciplina delle tutele crescenti, piene o dimezzate, si applica anche ai dipendenti delle organizzazioni di tendenza, che sotto tale profi-

tiva estingueva il rapporto già prima della Riforma Fornero, in "Massimario Giuridico del Lavoro", n. 5 di maggio 2015, p. 299 e ss.

⁵ Sul punto v. R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs act e licenziamento*, cit. p. 31 e ss.

⁶ Inoltre – fatto salvo il limite minimo di 4 e quello massimo di 24 mensilità – l'art. 8 del decreto legislativo stabilisce che per le frazioni di anno l'indennità in questione è riproporzionata in base ai mesi lavorati, mentre le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni si computano come mese intero.

⁷ Cioè nelle unità produttive fino a 15 dipendenti in ambito comunale e sotto i 60 dipendenti complessivamente.

⁸ R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs act e licenziamento*, cit. p. 83 e ss.

lo vengono quindi regolate come tutti gli altri datori di lavoro (art. 9 del decreto)⁹. Sinora le c.d. organizzazioni di tendenza, costituite dai “datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto”, sono rimaste escluse dall’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in virtù dell’art. 4, comma 1, l. n. 108/1990, trovando per esse applicazione sempre la tutela obbligatoria di cui alla legge n. 604/1966. Viceversa, come detto, la nuova disciplina prevede che anche per le organizzazioni di tendenza i licenziamenti dei lavoratori assunti dopo l’entrata in vigore del decreto siano regolati secondo la disciplina delle tutele crescenti (per i vecchi assunti, invece, rimane applicabile la tutela obbligatoria di cui all’art. 8 della l. n. 604/1966).

2. Due regimi diversi per il licenziamento collettivo

Il decreto sulle tutele crescenti ha regolato anche la materia del licenziamento collettivo, lasciandone immutati i presupposti e modificando la disciplina delle sanzioni. L’art. 10 del decreto n. 23/2015 non tocca le norme fondamentali dell’istituto contenute nella legge n. 223/1991, cioè la nozione di licenziamento collettivo (art. 24), la procedura da seguire (art. 4) e i criteri di scelta da rispettare per la selezione dei lavoratori (art. 5).

Per quanto concerne le sanzioni, invece, l’art. 10 del decreto n. 23/2015 prende in considerazione tre differenti vizi del licenziamento collettivo: il vizio di forma, la violazione della procedura e la violazione dei criteri di scelta.

Nell’ipotesi, poco frequente, che il licenziamento collettivo venga intimato senza l’osservanza della forma scritta, si applica la disciplina del licenziamento nullo (art. 2) sicché il lavoratore ha diritto alla reintegrazione sul posto di lavoro, o in alternativa all’indennità di 15 mensilità, oltre al risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni che avrebbe percepito dalla data del licenziamento sino a quella dell’effettiva riammissione in servizio (comunque in misura non inferiore a 5 mensilità). Nell’ipotesi invece di violazione di una delle regole procedurali previste dall’art. 4 della l. 223/1991, oppure di violazione dei criteri di scelta, il lavoratore ottiene un risarcimento del danno in misura pari a 2 men-

⁹ L’art. 9 del decreto si riferisce “Ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, si applica la disciplina di cui al presente decreto”.

silità di retribuzione per ogni anno di servizio, con un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità, senza reintegrazione sul posto di lavoro (l'art. 10 richiama infatti l'art. 3 comma 1 del decreto)¹⁰.

Il regime sanzionatorio sopra descritto si applica solo agli operai, impiegati e quadri del settore privato assunti successivamente all'entrata in vigore del decreto (7 marzo 2015), nonché ai lavoratori a termine ed agli apprendisti i cui contratti sono stati convertiti dopo tale momento. Di conseguenza, nei confronti dei lavoratori già in servizio continueranno a valere le sanzioni previste dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori come modificato dalla legge n. 92/2012.

Prima della riforma Fornero il licenziamento collettivo intimato senza l'osservanza della forma scritta o in violazione delle procedure era considerato inefficace, mentre la violazione dei criteri di scelta era equiparata alla mancanza di giustificazione del licenziamento, anche se entrambi i vizi determinavano l'applicabilità della tutela reale di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

L'art. 1 comma 46 della legge n. 92/2012 ha innovato tale regime sanzionatorio, modificando l'art. 5 comma 3 della legge n. 223/1991. In particolare, ora è previsto che al licenziamento intimato senza l'osservanza della forma scritta si debba applicare il regime dell'art. 18 comma 1 dello Statuto dei lavoratori, e quindi la reintegrazione nel posto di lavoro, il risarcimento del danno commisurato a tutte le retribuzioni non percepite dal giorno del licenziamento fino all'effettiva reintegrazione, oltre al versamento dei contributi previdenziali.

Invece, per la violazione delle procedure la legge prevede il diritto ad una indennità che va da un minimo di 12 e un massimo 24 mensilità, determinata tenendo conto dell'anzianità del lavoratore, del numero di dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti.

Per la violazione dei criteri di scelta la legge n. 92/2012 ha invece

¹⁰ Ove l'azienda che ha posto in essere il licenziamento collettivo non raggiunga i requisiti dimensionali previsti dall'art. 18 – avendo, ad esempio, 20 dipendenti in due unità produttive da 10 dipendenti site in comuni differenti – si pone la questione se sia applicabile l'art. 3, comma 1, del decreto (cioè le tutele crescenti “piene”) ovvero l'art. 9 dello stesso decreto che per le aziende piccole prevede un'indennità inferiore, pari ad una mensilità per ogni anno di servizio con un minimo di 2 ed un massimo di 6 mensilità (tutele crescenti “dimezzate”). Si tratta di stabilire se il rinvio che l'art. 10 fa all'art. 3 comma 1, cioè alle tutele crescenti piene, sia riferito in ogni caso a quel regime sanzionatorio oppure tenga conto del quadro normativo complessivo in cui la dimensione aziendale incide sulla misura dell'indennità risarcitoria (l'art. 9 sulle piccole imprese richiama infatti l'art. 3 comma 1 e ne dimezza gli importi).

previsto la stessa tutela reale che opera nel caso della ingiustificatezza qualificata del licenziamento individuale, cioè la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno non superiore a 12 mensilità (oltre al versamento dei contributi previdenziali).

3. *Le novità sul licenziamento collettivo dei dirigenti*

Il decreto sulle tutele crescenti non si applica ai lavoratori che hanno qualifica di dirigente, i quali sono esclusi anche dalla tutela legale per i licenziamenti individuali prevista dalla l. n. 604/1966 e dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Si applica, invece, la disciplina stabilita dai contratti collettivi di categoria, secondo cui in caso di licenziamento il dirigente ha diritto al preavviso od alla relativa indennità sostitutiva, salva l'ipotesi della giusta causa; inoltre, se il licenziamento viene dichiarato ingiustificato è prevista la corresponsione della c.d. indennità supplementare, non soggetta a contribuzione previdenziale, e compresa tra un limite minimo e di un limite massimo di mensilità di retribuzione stabiliti dallo stesso contratto collettivo¹¹.

Inoltre, anche per i dirigenti vale la regola della forma scritta dell'atto di recesso (art. 2, c. 4, l. 604/1966), senza la quale il licenziamento è nullo ai sensi dell'art. 18 comma 1 dello Statuto dei lavoratori; la contrattazione collettiva di solito prevede che la motivazione sia comunicata contestualmente al recesso, e la mancanza di tale requisito determina le medesime conseguenze del licenziamento ingiustificato (cioè l'obbligo di corrispondere l'indennità supplementare).

Con le ultime riforme, i due aspetti che hanno subito aggiustamenti in materia di licenziamento del dirigente riguardano la nullità ed il licenziamento collettivo.

In caso di nullità del licenziamento, anche se il dirigente è stato assunto successivamente alla data di entrata in vigore del decreto sulle tutele crescenti, non si applica la nuova disciplina ma quanto disposto dall'art. 18, commi 1, 2 e 3 dello Statuto dei lavoratori. Pertanto, se il giudice accerta la nullità del licenziamento deve disporre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (che l'interessato può sostituire con quin-

¹¹ M. N. BETTINI, *Licenziamento dei dirigenti e indennità supplementare*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1987, II, p. 283. Normalmente il limite minimo dell'indennità è rapportato all'indennità di preavviso spettante in concreto al lavoratore, mentre la misura massima della supplementare può essere aumentata in ragione dell'età del dirigente e della sua anzianità di servizio.

dici mensilità) oltre a tutte le retribuzioni dal licenziamento sino alla reintegrazione ed alla relativa contribuzione previdenziale.

Nel campo dei licenziamenti collettivi, invece, a differenza del passato la legge n. 161/2014 ha incluso i dirigenti nell'organico aziendale utile sia al fine del superamento della soglia dei 15 dipendenti, sia ai fini del computo dei 5 lavoratori da licenziare nell'arco dei 120 giorni. Pertanto, la comunicazione di avvio della procedura di mobilità (art. 4, c. 2, l. 223/1991) dovrà essere inviata anche alle rappresentanze sindacali dei dirigenti che potranno effettuare il confronto con l'azienda mediante appositi incontri. Allo stesso modo, viene estesa ai dirigenti anche la disciplina contenuta nell'art. 4, c. 9, della l. 223/1991 in merito alla indicazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta previsti dalla legge.

Inoltre, all'art. 24 della l. 223/1991 è stato aggiunto il comma *1-quinquies* che introduce uno specifico regime sanzionatorio per le ipotesi di licenziamento collettivo del dirigente avvenuto senza l'osservanza della procedura oppure per violazione dei criteri di scelta. La sanzione consiste nella corresponsione di una indennità compresa fra 12 e 24 mensilità, fatte salve le diverse previsioni sulla misura di tale indennità eventualmente contenute nei contratti e negli accordi collettivi applicati al rapporto di lavoro dirigenziale.

Pertanto, in caso di coinvolgimento del dirigente in un licenziamento collettivo, non troverà applicazione la tutela del contratto collettivo per il licenziamento individuale, consistente nella indennità supplementare, bensì la nuova sanzione stabilita dalla legge (da 12 a 24 mensilità) che i contratti collettivi potranno modulare utilizzando ad esempio i criteri già collaudati in materia di licenziamento individuale (anzianità di servizio, etc.).

4. Il licenziamento discriminatorio

Il decreto sulle tutele crescenti ha regolato l'istituto del licenziamento discriminatorio per i nuovi assunti, applicabile ad ogni tipo di licenziamento al di là del numero dei lavoratori coinvolti, modificando solo parzialmente le previsioni di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori nella versione successiva alla c.d. riforma Fornero (legge n. 92/2012).

Il regime sanzionatorio è analogo a quello dell'art. 18, commi 1, 2 e 3 dello Statuto. In particolare, l'art. 2 del nuovo decreto prevede che se il giudice accerta la nullità del licenziamento deve disporre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro; in alternativa alla reintegrazione, il lavoratore può chiedere un'indennità (non assoggettata a contribuzione previdenziale) pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione.

A seguito dell'ordine di reintegrazione il rapporto di lavoro si intende risolto se il lavoratore non riprende servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia chiesto l'indennità sostitutiva alla reintegrazione¹².

Viene poi confermata la misura del risarcimento del danno commisurato a tutte le retribuzioni dal licenziamento sino alla effettiva reintegrazione, con un minimo garantito di cinque mensilità, e la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali per il medesimo periodo. Al pari dei primi tre commi dell'art. 18, tale regime si applica indipendentemente dalla natura imprenditoriale del datore di lavoro ed a prescindere dalle dimensioni aziendali.

Diversa è invece la formulazione del decreto rispetto allo Statuto dei lavoratori per quanto attiene ai motivi di nullità del licenziamento.

L'attuale art. 18 dello Statuto prevede, infatti, sei ipotesi di nullità: licenziamento discriminatorio; a causa di matrimonio; per violazione delle disposizioni sulla maternità e paternità; determinato da motivo illecito; nullo per previsione legale ed intimato in forma orale. Il nuovo decreto ha invece richiamato soltanto due ipotesi di licenziamento nullo, cioè il licenziamento discriminatorio e quello verbale, facendo poi generico riferimento a tutti gli *"altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge"*.

Per quanto concerne il licenziamento discriminatorio, l'art. 2 del decreto fa riferimento alle tradizionali ipotesi previste dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori (ovvero i motivi di natura politica, razziale, di lingua, sesso, handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali). Anche per il licenziamento verbale valgono le regole già conosciute, cioè l'applicazione della tutela reale a prescindere dalla dimensione aziendale con l'esclusione dell'onere dell'impugnativa nei 60 giorni stante la formale inesistenza dell'atto di recesso.

Per quanto attiene invece all'interpretazione dell'espressione *"altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge"*, essa – al di là dell'intenzione del legislatore – dovrebbe rimandare anche al contenuto dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori che, appunto, disciplina i casi di nullità del licenziamento. In tal modo, tutte le ipotesi ivi previste, compreso il licenziamento determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c., vengono ricomprese nella disciplina della nullità prevista dal

¹² Tale richiesta deve essere effettuata entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia del giudice o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se precedente a detta comunicazione.

decreto sulle tutele crescenti.

Nell'ultima formulazione del decreto, all'art. 2 è stato aggiunto un comma 4, secondo cui la disciplina del licenziamento nullo trova applicazione anche nel caso in cui si accerti un difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore¹³. Si è quindi irrigidito l'apparato sanzionatorio nei confronti del datore di lavoro, poiché, ferma restando la reintegrazione, è venuto meno il tetto massimo del risarcimento (12 mensilità) ed è stata inserita la soglia minima di 5 mensilità prevista per il caso del licenziamento nullo. Non è invece inserito tra i casi di nullità il licenziamento illegittimo per superamento del periodo di comportamento, che rimane dunque disciplinato dall'art. 3, comma 1, del decreto, con applicazione delle tutele crescenti ed esclusione della reintegrazione in servizio. A differenza di quanto avviene per i lavoratori già in servizio, per i quali nelle aziende più grandi il vizio del licenziamento per superamento del comportamento configura una delle ipotesi di applicazione della tutela reale (art. 18, commi 7 e 4, dello Statuto dei lavoratori).

5. La conciliazione agevolata

L'art. 6 del decreto prevede una nuova ipotesi di conciliazione volontaria per risolvere in via stragiudiziale le controversie sui licenziamenti ai quali si applicano le tutele crescenti, compresi quelli collettivi. Il datore di lavoro entro 60 giorni dalla ricezione del licenziamento può offrire al lavoratore un importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 2 e non superiore a 18 mensilità.

Nelle aziende piccole, invece, l'importo che può offrire il datore di lavoro è pari a mezza mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore ad una e non superiore a 6 mensilità (art. 9 decreto). Tale previsione, però, non tiene conto del fatto che per i lavoratori dai 12 anni di anzianità in poi l'offerta coincide con il massimo della sanzione che il datore di lavoro rischia di subire in caso di giudizio (6 mensilità), il che rende di fatto impraticabile la conciliazione¹⁴.

Il pagamento deve avvenire mediante consegna al lavoratore di un

¹³ Tale ipotesi nella prima versione del decreto n. 23/2015 era invece inserita nell'art. 3 e cioè nell'ambito del licenziamento illegittimo per giustificato motivo.

¹⁴ Ragionevolmente la misura massima dell'offerta doveva essere contenuta entro le 3/4 mensilità di retribuzione utile ai fini del TFR.

assegno circolare al momento della conciliazione, il che sembra escludere ogni altra modalità di pagamento ed anche la rateizzazione dell'importo. La conciliazione deve realizzarsi necessariamente in una delle classiche sedi assistite di cui all'art. 2113 c.c., comma 4, o presso le commissioni di certificazione ex art. 82, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003. L'avvenuta conciliazione comporta *ex lege* l'estensione del rapporto dalla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnativa del licenziamento. Naturalmente rimane viva la possibilità per il lavoratore di far valere ogni altra pretesa nei confronti del datore di lavoro (ad es. differenze retributive, inquadramento, risarcimento danni etc.).

Tale tipologia di conciliazione determina l'applicazione di alcuni benefici previsti dalla legge: in particolare, l'importo corrisposto non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale. Per poter godere di tali benefici, sembra che le parti non possano discostarsi dalle modalità stabilite dalla legge, e cioè: il luogo della conciliazione, il tempo della proposta, l'entità dell'importo offerto e le modalità di pagamento.

Quanto alla possibilità di raggiungere un accordo transattivo anche per aspetti ulteriori e diversi rispetto alla impugnazione di licenziamento, si ritiene che tale possibilità sia ammessa anche in considerazione del fatto che il primo comma dell'art. 6 del decreto fa salva "la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge". Per poter conciliare controversie diverse dall'impugnazione del licenziamento (ad esempio le differenze retributive), non è necessario porre in essere un distinto accordo transattivo, essendo sufficiente che nello stesso verbale si tengano distinti i titoli e le somme corrisposti. Tuttavia, è evidente che l'esenzione fiscale e contributiva riguarda soltanto le somme che sono corrisposte a titolo di rinuncia alla impugnazione del licenziamento, restando ferma la normale disciplina pubblicistica per le ulteriori somme erogate a fronte di rinunzie diverse da quelle previste dall'art. 6 del decreto.

MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO¹ E MARIA FRANCISCA CARNEIRO²

I sapori del diritto³
Una libera congettura sul gusto della giuridicità
(«Menu Degustazione in Quattro Portate»)

TRADUZIONE A CURA DI
ALBERTO VESPAZIANI

RIASSUNTO: Come in un banchetto, questo testo viene servito in quattro portate: dagli aperitivi iniziali al dessert finale. Seguendo il menu viene dimostrata la relazione intima tra il cibo e la cultura, in conformità alle connessioni tra lo stesso diritto e la cultura. A partire da questo panorama iniziale che avvicina l'alimentazione al cibo e alla cultura, e conseguentemente al linguaggio, sottoponiamo a scrutinio quali sapori rappresentano più adeguatamente il gusto della giuridicità contemporanea. Dolce? Salato? Crudo? Cotto? Arrosto? La discussione gastronomica serve come tema per una riflessione sull'epistemologia del diritto attuale, partendo dalle considerazioni teoriche di autori come Susan Sontag, Colette Brunschwig e Câmara Cascudo. Per concludere, al posto delle bevande, al lettore vengono servite le fonti bibliografiche a cui il testo si è abbeverato.

ABSTRACT: Like a banquet, this paper is served in four courses: from the opening aperitifs to the concluding desert. The menu demonstrates the intimate relationship between food and culture, similarly to the relations developed between Law itself and culture. From this initial panorama that approaches food and Law to culture and, therefore, to language, we scrutinize which flavors more adequately express what contemporary juridicity tastes like. Sweet? Salty? Raw? Stewed? Roasted? This gastronomical discussion serves as the theme for a reflection on the Epistemology of nowadays Law, based on some theoretical considerations by thinkers like Susan Sontag, Colette Brunschwig and Câmara Cascudo. Finally, instead of drinks, the reader is served the bibliographical sources with which this paper was fed.

PAROLE-CHIAVE: Diritto multisensoriale - Giustizia - Palato - Gastronomia - Cultura -

¹ Professore nei Programmi di Pós-Graduação in Diritto della Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e della Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procuratore do Ministério Público presso il Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. *Calouste Gulbenkian Post-Doctoral Fellow* (European University Institute, Firenze, 2008), Dottore in Legge (Universidade de Coimbra, 2006) e Mestre (UFPB, 1999). Membro della *International Association of Constitutional Law*, della *International Society of Public Law*, dell'Istituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI) e Presidente del Ramo Brasileiro della *International Law Association*. *Gasthörer* presso la Libera Università di Berlino (Germania), stagista presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Lussemburgo), *Legal Advisor* della Missione ONU in Timor-Leste (UNOTIL) e della Banca Mondiale (PFMCBP/Timor). Membro



Figura 1: Giuseppe Arcimboldo, “L’Avvocato” (o “Il Giurista”), 1566, Olio su tela, 64 cm × 51 cm, Museo Nazionale di Stoccolma, Svezia (dominio pubblico).

della lista di esperti del *UNDP Democratic Governance Roster of Experts in Anti-Corruption* (PNUD/ONU). Coordinatore di LABIRINT - Laboratório Internacional de Investigações em Transjuridicidade (UFPB).

² Dottore in Diritto presso la Universidade Federal do Paraná (UFPR), Post-dottorato in Filosofia presso la Universidade de Lisboa (Portogallo), Master in Pedagogia presso la Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Laurea in Filosofia presso la UFPR, avvocato abilitato, Professore della Universidade Federal do Paraná (UFPR). *Corresponding Fellow status with the Faculty of Law, Governance and International Relations at London Metropolitan University* (UK), Membro del Centro di Lettere del Paraná, della *Italian Society for Law and Literature* (Italia). Editorial Board Member / Reviewer of the *International Journal for Law, Language & Discourse* (China) e del *Scientific & Academic Publishing* (USA).

³ Una versione distinta di questo testo è stata pubblicata in portoghese nella 2ª edizione della *Revista Direito.UnB*, su invito del suo Redattore Capo, il Prof. Dr. Marcelo Neves, della Universidade de Brasília (UnB). Questa versione è più estesa e contiene alcune divagazioni teoriche, realizzate a partire da alcune riflessioni sui riferimenti bibliografici incorporati nel testo successivamente alla pubblicazione originaria brasiliana. I nostri ringraziamenti più profondi al Prof. Dr. Alberto Vespaziani, dell’Università del Molise, che non solo si è reso disponibile a tradurre questo testo nella lingua di Dante, ma ha anche offerto importantissimi suggerimenti bibliografici per il suo miglioramento.

Transgiuridicità.

SOMMARIO: 1. L'Amuse Bouche. - 2. Les Entrées. - 3. Les Plats Principaux. - 4. Les Deserts. - 5. Les Boissons.

Saber-Sabor

La verdadera sabiduría no consiste en saber más, sino en saber mejor.

José Calvo Gonzáles, in Objetos de Escritorio, p. 83

1. L'Amuse Bouche

Esattamente 50 anni fa, in un saggio stimolante e provocatorio chiamato "Contro l'interpretazione", l'americana Susan Sontag invitava il lettore ad abbandonare tutta la fredda razionalità dell'ermeneutica contemporanea delle opere d'arte per sostituirla con una vera e propria "erotica" artistica, in cui l'arroganza dell'interpretazione deve farsi da parte affinché l'uomo "impari a vedere di più, ascoltare di più, sentire di più"⁴. Meno *ratio* e più *cor*. E completava:

*"La nostra cultura è basata sull'eccesso, sulla sovrapproduzione; il risultato è una perdita costante di precisione nella nostra esperienza sensoriale. Tutte le condizioni della vita moderna - la sua pienezza materiale, il suo inzeppamento totale - si uniscono per intorpidire le nostre facoltà. (...) Ora è importante recuperare i nostri sensi. (...) Al posto di un'ermeneutica abbiamo bisogno di un'erotica dell'arte."*⁵

Il panorama socioculturale disegnato da Susan Sontag è molto simile allo scenario attuale del diritto; contrassegnato da un eccesso di normatività, dalla profusione di litigiosità, dal freddo tecnicismo, dal formalismo spesso sterile e da una razionalizzazione che oscilla velocemente tra l'onnipotenza e l'impotenza: "Lo stile moderno dell'interpretazione scava, e scavando distrugge" provoca Sontag.⁶ Nello stesso senso il presente

⁴ "We must learn to see more, to hear more, to feel more" (SONTAG, 1990, p. 14). Tutte le traduzioni dei passaggi citati nell'articolo sono nostre, a meno che sia espressamente indicato diversamente.

⁵ "Ours is a culture based on excess, on overproduction; the result is a steady loss of sharpness in our sensory experience. All conditions of modern life - its material plenitude, its sheer crowdedness - conjoin to dull our faculties. (...) What is important now is to recover our senses. (...) In place of a hermeneutics we need an erotics of art." (SONTAG, 1990, p. 13-14).

⁶ "The modern style of interpretation excavates, and as it excavates, destroys" (SONTAG, 1990, p. 6).

scritto, cosciente dei rischi che lo circondano, “recupera” quel cammino provocatorio dei sensi e del sentire nel diritto per divagare sui sapori della giuridicità: l’esperienza giuridica ha un gusto? Qual è il gusto del diritto? E i giuristi sono preparati a sentirlo?

Qui abbiamo detto “recupera”, giacché il tema non è esattamente nuovo. È opportuno ricordare⁷ che Tobias Barreto, il grande scrittore e giurista brasiliano, già nella metà del secolo XIX affermava che “*il diritto non è una cosa che solo si conosce, ma una cosa che anche si sente*”.⁸ E nelle parole poetiche del Prof. Dr. Carlos Ayres Britto, magistrato emerito del Tribunale Supremo Federale (STF), “*a volte si sente una cosa in anticipo rispetto all’intelligenza, certamente non si può dimenticare che il sostantivo ‘sentenza’ deriva dal verbo sentire*”⁹. Neanche nella letteratura giuridica straniera il tema della sensibilità giuridica è giovane!¹⁰ Il 12 marzo 1884, per esempio, Rudolf von Jhering pronunciò, presso la tradizionale *Wiener Juristische Gesellschaft*, la conferenza “*Über die Entstehung des Rechtsgefühls*” (*Sulla Origine del Sentimento Giuridico*).¹¹ Tutto questo è in sintonia con quello che ha detto Alberto Caeiro (Fernando Pessoa), nell’ “*O Guardador de Rebanhos*”:

IX

Sono un guardiano di greggi.
Il gregge è i miei pensieri.
E i miei pensieri sono tutti sensazioni.
Penso con gli occhi e con gli orecchi
e con le mani e i piedi
e con il naso e la bocca.
Pensare un fiore è vederlo e odorarlo
e mangiare un frutto è saperne il senso.
Perciò quando in un giorno di calura
sento la tristezza di godermelo tanto,
e mi corico tra l’erba
chiudendo gli occhi accaldati,
sento tutto il mio corpo immerso nella realtà,

⁷ Il tema è stato già affrontato in FRANCA FILHO, 2011, *passim*.

⁸ BARRETO, 2001, p. 38.

⁹ BRITTO, 2007, p. 75.

¹⁰ Vedi, per esempio, le indicazioni bibliografiche contenute in PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS E CHRYSOSTALIS, 2013, p. 3.

¹¹ JHERING, 2008.

¹² PESSOA Fernando, *Il custode di greggi*, Milano, 2007

“*Sou um guardador de rebanhos.*

O rebanho é os meus pensamentos

so la verità e sono felice.¹²

È opportuno notare che questa non è la prima volta che gli autori si avventurano in speculazioni sensoriali intorno alla giuridicità. In testi anteriori, gli autori avevano già relazionato il diritto alla vista¹³, all'udito¹⁴ e all'olfatto¹⁵. Questa quarta incursione sensoriale, tuttavia, ha un sapore speciale; dopotutto, di tutti i cinque sensi - vista, udito, olfatto, tatto e gusto -, il gusto è ciò che permette un'epistemologia più entusiasmante, giacché non si potrebbe avere uno spazio migliore per quella "erotica" di cui parla Susan Sontag del senso del gusto: le cucine sono sempre state luoghi di piacere, conquista e seduzione! Il vecchio fuoco della passione che, nello scaldare i corpi, li fonde. Inoltre, chi vede qualcosa, ascolta qualcosa o sente il profumo di qualcosa non conosce così bene come chi assapora qualcosa: *"chi conosce con la bocca conosce da vicino, poiché si*

*E os meus pensamentos são todos sensações.
Penso com os olhos e com os ouvidos
E com as mãos e os pés
E com o nariz e a boca.
Pensar uma flor é vê-la e cheirá-la
E comer um fruto é saber-lhe o sentido.
Por isso quando num dia de calor
Me sinto triste de gozá-lo tanto,
E me deito ao comprido na erva,
E fecho os olhos quentes,
Sinto todo o meu corpo deitado na realidade,
Sei a verdade e sou feliz."*

¹³ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A Cegueira da Justiça - Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito*. Porto Alegre: Fabris, 2011.

¹⁴ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *O Silêncio Eloquente - Omissão do Legislador e Responsabilidade do Estado na Comunidade Europeia e no Mercosul*. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁵ CARNEIRO, Maria Francisca; VENTURI, Eliseu Raphael et al. *Qual é o cheiro do Direito? Primeiras conjeturas para uma semiótica da "matéria" jurídica*. Jus Navigandi, Teresina, anno 18, n. 3570, 10 abr. 2013. Disponibile a: <<http://jus.com.br/artigos/24139>>. Ultimo accesso il 26 set. 2014.

¹⁶ ALVES, Rubem. Escritores e Cozinheiros. In: ALVES, 1995, p. 156. Lo stesso Rubem Alves è ancora più incisivo: *"(...) Il mangiare non si applica solo a ciò che accade a tavola (...) Il cuoco e l'amante sono mossi dallo stesso desiderio: il piacere dell'altro. La differenza consiste nel fatto che l'amante offre il proprio corpo affinché sia mangiato, come oggetto di diletto."* (op. cit., p. 156). Anche lo scrittore italiano Italo Calvino, da parte sua, parla di un *"cannibalismo universale che appone il suo marchio in ogni relazione amorosa e annulla i limiti tra i nostri corpi"* (CALVINO, 1995, p. 104). La bocca, pertanto, è un organo del desiderio e non sono pochi i cibi che, nella frontiera tra i due piaceri, vengono chiamati afrodisiaci (BRANLARD, 1999, p. 220). L'alimentazione e la sessualità, tanto quanto il diritto, devono molto all'immaginazione e alla creatività. Infatti si dice *"mangiare con gli occhi"*.

può sentire il gusto solo di ciò che già sta dentro il corpo".¹⁶ Il sapore, innanzitutto, divora le distanze, fracassando le immunità e la dialettica "dentro e fuori" - non per niente c'è un palato nella bocca. Ecco, infine, il grande mistero dell'Eucaristia: "Prendete, mangiate, questo è il mio corpo...". Inoltre, la sensazione di mangiare qualcosa è abbastanza complessa, a cominciare dal fatto che i sapori non sono statici, al contrario: i sapori sono dinamici e mutano costantemente:

*"(...) I sensi non sono statici. Innanzitutto sono proprietà mutevoli ed elusive, costantemente riorganizzate dai mutamenti socioculturali e tecnologici, che dislocano continuamente la normatività della legge in direzione di nuove potenzialità."*¹⁷

Questa sensazione gustativa dinamica risulta, molte volte, dall'interazione multimodale tra sapore, gusto, temperatura, tessitura, profumo, suono, luogo, paesaggio etc. "In verità, il palato non si riduce alle sensazioni somatico-sensitive, causate dai ricettori dell'apparato orale. (...) Il palato è, pertanto, un intreccio del corpo con la mente, in costante interazione con il medio ambiente"¹⁸. Non per caso, nella famosa conferenza con cui inaugurò la sua cattedra di semiologia letteraria nel Collège de France, tenuta il 7 gennaio 1977, Roland Barthes già sottolineava, tra le tante altre cose interessanti, che sapere e sapore hanno, in latino, la stessa etimologia (il verbo latino *sapere*).¹⁹ D'altronde, ancora oggi, in Portogallo, si usa dire che "*a comida sabia bem*" per riferirsi ad un piatto saporito. E giustamente in virtù di questa prossimità tra gli appetiti corporei e gli appetiti cognitivi, non sarebbe imprudente osservare qualche coincidenza divina tra il fuoco del fornello della cucina ed il fuoco del sapere rubato agli dei da Prometeo. D'altra parte, nella cosmogonia biblica, il legame tra sapere e sapore è ancora una volta evidente: il frutto proibito, la mela, che il serpente offre ad Eva, sarebbe il frutto della conoscenza, che permette-

¹⁷ "Senses are not static. Rather, they are shifting and elusive qualities, constantly reshuffled by socio-cultural and technological changes, always dislocating law's normativity towards new potentialities." (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS E CHRYSSOSTALIS, 2013, p. 3). Nello stesso senso: BRIGENTI, 2013, p. 39.

¹⁸ PERULLO, 2013, p. 15. Nello stesso senso, BRANLARD, 2009, p. 31: l'atto di mangiare fa intervenire i cinque sensi.

¹⁹ BARTHES, s/d, *passim*.

²⁰ RIGOTTI, 2014, p. 69. In verità il testo biblico è zeppo di riferimenti gastronomici. Oltre la mela, ci sono le nozze di Cana, l'ultima cena, "non di solo pane vive l'uomo", "voi siete il sale della terra", "Gesù, pane di vita", tra i tanti altri - cfr. RIGOTTI, 2012, p. 15-16.

rebbe di assaporare la verità, il bene e il male.²⁰ Metafore abituali in molti idiomi segnalano questa prossimità tra sapere e sapore: “sete di conoscenza”, “fame di informazione”, “dati indigesti”, “divorare un libro”, “digerire un concetto”, “masticare un testo”, “lettore vorace”, “bibliofago”, “ruminare un’idea”, “un poema dolce”, “una dedica piccante” etc.²¹

Per tutti questi motivi, nel tentare di intraprendere un’investigazione inusitata sul sapore del diritto, si sta tentando, in realtà, un esercizio filosofico di epistemologia e di ontologia sulla nostra giuridicità contemporanea e sulla sua fenomenologia. Comprendere il sapore del diritto è, allo stesso tempo, digerire lentamente le sue categorie dogmatiche, allontanandosi dal *pret-à-penser* giuridico e dando chance a una “epistemogastronomia” *slow-food*. Il sapere (incluso quello giuridico) è alimento per lo spirito!

In verità, negli ultimi anni si è fatto riferimento sempre più frequentemente a un diritto multisensoriale, cioè, a un diritto che può essere assimilato attraverso i cinque domini della sensibilità fisica e non esclusivamente con la vista o l’udito. Non c’è dubbio che, nel corso della storia giuridica, il diritto è stato per la maggior parte verbale e/o scritto - dall’oralità delle udienze o delle norme consuetudinarie agli scritti dei dettami legislativi, dottrinari e giurisprudenziali -, ma questo inizia a mutare: il diritto si può conoscere anche attraverso gli odori (muffa?), colori (rosso?), tessitura (aspro?) etc. Il diritto multisensoriale o *Multisensory Law* è un concetto creato dalla Prof.ssa Colette R. Brunschwig, della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Zurigo, Svizzera, che ha coniato l’espressione riferita a partire dalla constatazione che le manifestazioni giuridiche verbali-vocali-olfattive-palato-tattili-visive erano non solo possibili ma addirittura necessarie nelle società sempre più multiculturali in cui viviamo. Ecco un brano che riassume ciò che Brunschwig intende per diritto multisensoriale:

“Gli esseri umani sono esseri multisensoriali che vivono in un mondo multisensoriale. La comunicazione umana implica la produzione e la percezione di messaggi, ma anche tutti i cinque sensi (ascolto, vista, tatto, gusto e olfatto). I sistemi multimodali o multisensoriali sono capaci di ricevere ed inviare informazioni usando vari canali sensitivi che implicano la visione, l’ascolto e il movimento, ma preferibilmente tutti e cinque i sensi. Questi sistemi computerizzati non sono usati soltanto nella comunicazione umana ma anche nella comunicazione meccanica. Questi

²¹ RIGOTTI, 2012, p. 13.

sistemi hanno fatto emergere una tendenza verso le pratiche comunicative digitali sensoriali del 21° secolo. Questi media digitali multisensoriali ci aiutano a produrre significato usando due o più sistemi di segno discreti (i.e., audio-visivi, visivi-sinestetici, tattili-sinestetici, e così via). L'avvento dei media digitali e le loro implicazioni per il diritto hanno spinto alcuni studiosi a suggerire che una svolta visuale sta avvenendo anche nel contesto giuridico. Anche se questo è in parte vero, nel restringere o confinare il diritto nella dimensione verbale e visiva, il discorso giuridico incontra delle difficoltà nel divenire sufficientemente consapevole dei media digitali multisensoriali e quindi fallisce nell'esplorare adeguatamente questi media ed il loro impatto sul diritto - in aperta contraddizione con la crescente importanza di questi media. L'enfasi eccessiva sugli aspetti verbali e visivi della comunicazione giuridica conduce ad una marginalizzazione o addirittura all'oblio delle altre modalità di comunicazione giuridica, già esistenti o future."²²

In questa prospettiva, attualmente si parla non solo di un diritto visivo, ma anche di altre forme sensoriali di percezione e di produzione del fenomeno giuridico. E continua Colette R. Brunschwig:

"Qual è l'oggetto del diritto multisensoriale? Detto semplicemente, questa disciplina giuridica emergente esplora i fenomeni sensoriali del diritto, siano essi unisensoriali (i.e. visivi, uditivi, sinestetici, e così via) o multisensoriali (i.e., audiovisivi, tattili-sinestetici, visivo-sinestetici, e così via). Il diritto multisensoriale si concentra innanzitutto sul diritto come fenomeno uni- e multisensoriale all'interno e all'esterno del contesto giuridico. Si oc-

²² "Humans are multisensory beings and live in a multisensory world. Human communication involves the production and perception of messages, as well as the five senses (hearing, vision, touch, taste, and smell). Multimodal or multisensory systems are capable of receiving and sending information by using various sensory channels involving vision, hearing, and movement, but preferably all five senses. Such computer systems are used not only in human communication but also in machine communication. These systems have brought forth a trend toward multisensory digital communication practices in the 21st century. Such multisensory digital media help us produce meaning by using two or more discrete sign systems (i.e., audio-visual, visual-kinaesthetic, tactile-kinaesthetic, and so forth). The advent of digital media and their implications for the law has prompted some scholars to suggest that a visual turn is also occurring in the legal context. Whereas this may be partly true, by restricting or confining the law to the verbal and visual, legal discourse has difficulties in becoming sufficiently aware of multisensory digital media and thus fails to adequately explore these media and their impact on the law — in overt contradiction to the growing significance of such media. Overemphasising both verbal and visual legal communication leads to marginalising or even to ignoring other modalities of already existing or future digital legal communication" (BRUNSCHWIG, 2013, *passim*).

²³ "What is the subject matter of multisensory law? Put simply, this emerging legal discipline explores the sensory phenomena of the law, be they unisensory (i.e., visual, auditory, kinaesthetic, and so forth) or multisensory (i.e., audiovisual, tactile-kinaesthetic, visual-kinaesthetic, and

cupa solo marginalmente dei fenomeni uni- e multisensoriali all'interno delle fonti giuridiche in senso stretto, perché questi vengono esplorati principalmente dalle discipline giuridiche positive consolidate."²³

È con questa stessa prospettiva sinestetica²⁴, multisensoriale, sensitiva, sensazionale o sensuale in mente che il presente testo cercherà, nelle pagine seguenti, di svelare i possibili sapori del diritto. Si ricordi che le relazioni tra il sapore, il gusto, il palato e il diritto non sono né recenti né esigue: da molti secoli²⁵ le norme giuridiche si prendono cura di re-

so forth). Multisensory law focuses primarily on the law as a uni- and multisensory phenomenon within and outside the legal context. It deals only marginally with the uni- and multisensory phenomena in the legal sources in a strict sense, because they are explored chiefly by the established legal disciplines of applicable law" (BRUNSCHWIG, 2013, p. 240-241). E anche: BRUNSCHWIG, 2011, p. 573-667.

²⁴ La sinestesia è il fenomeno sensoriale in cui si mischiano sensi diversi, in altre parole, è ciò che permette di vedere suoni, annusare parole, ascoltare colori, assaporare musiche o attribuire colori a numeri e lettere. Un buon esempio di sinestesia è rappresentato nel film di animazione *Ratatouille* (2007, diretto da Brad Bird, Pixar), il cui personaggio principale - Rémy, un topolino *gourmand* che sogna di diventare capocuoco - era capace di vedere il sapore degli alimenti.

²⁵ La plurisecolarità di cui si parla non è solo un'espressione: l'allora Tribunale di Giustizia delle Comunità Europee, per esempio, nella sentenza del 5 marzo 1996 (Cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, Raccolta 1996, p. I-1029-I-1163) trattò una richiesta di rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale federale tedesco nel corso di un processo in cui un produttore di birra francese *Brasserie du Pêcheur*, con sede in Schiltigheim (Alsazia), domandava alla Repubblica tedesca una ingente risarcimento per i danni subiti a causa del divieto di esportazione imposto dalla Germania tra il 1981 e il 1987, in virtù di una lamentata mancata aderenza ai criteri di fabbricazione stabiliti nella legislazione tedesca, che regolava la purezza della birra (la "*Biersteuergesetz*" del 14.03.1952, già dichiarata discriminatoria e contraria alla libera circolazione delle merci garantita dal diritto dell'Unione europea in una precedente sentenza del Tribunale di Giustizia delle Comunità del 12.03.1987). Nel durame della proibizione si trovava una antica prescrizione bavarese, risalente al 1516, che riservava il nome "*Bier*" ("birra" in tedesco) alle bibite fermentate prodotte secondo il processo specifico che definiva gli ingredienti prescritti. In un altro caso interessante, il *Conseil d'État* francese, nel caso *Caucheteux et Desmont*, del 21 gennaio 1944 (*Receuil Dalloz*, p.65, 1944), trattò una richiesta di indennizzo contro lo Stato francese derivante dai gravi pregiudizi che una legge di intervento economico aveva gravato su un produttore di glucosio per la riduzione legale della percentuale di uso di quel prodotto nell'industria birraia (dal 30% al 15%), in nome della protezione dei produttori di cereali (luppolo e orzo), le cui quantità sarebbero dovute essere aumentate nella produzione della birra. Ci sono molti altri esempi. In Brasile, il Decreto n.4.851/2003 (revocato dal Decreto n.6.871/2009) definiva la caipirinha, una bevanda tradizionale brasiliana, nella seguente maniera: "la caipirinha è la bevanda tipica brasiliana, con gradazione alcolica da quindici a trentasei per cento del volume, a venti gradi Celsius, ottenuta esclusivamente con acquavite di canna da zucchero, addizionata di limone e zucchero." Una raccolta interamente dedicata alla giurisprudenza alimentare nazionale, internazionale e europea è stata recentemente lanciata da BRANLARD (2014).

golare le nostre forme di mangiare, produrre alimenti, consumarli, includendo in ciò le regole sulla protezione della salute, l'etichettatura, le denominazioni geografiche, l'autenticità, il commercio internazionale (*Codex Alimentarius*), la tassazione, i monopoli, la concorrenza sleale, la pubblicità e il patrimonio culturale immateriale gastronomico. Nel contesto domestico, il diritto civile parla ancora del "dovere degli alimenti" e le imposte definiscono ciò che è superfluo o lussuoso nell'ambito alimentare. Neppure recente è il fenomeno secondo cui il diritto definisce ciò che può essere mangiato, e come, in alcuni paesi giunge fino a garantire un diritto fondamentale alla sicurezza alimentare.²⁶ In Europa e negli Stati Uniti già da tempo si è consolidato un ramo autonomo del diritto denominato *Food Law* (diritto dell'alimentazione), campo interdisciplinare localizzato da qualche parte tra il diritto dell'economia, il diritto amministrativo e il diritto dei consumatori. Per non parlare della prestigiosissima "Association Internationale des Juristes pour le Droit de la Vigne et du Vin" (AIDV) fondata nel 1985 con l'obiettivo di analizzare le questioni giuridiche relative al commercio internazionale del vino.²⁷

Anche antiche sono le metafore gastronomiche presenti nel raccolto giuridico. Si ricordi, per esempio, l'effetto "*spaghetti bowl*" descritto nei manuali del diritto del commercio internazionale per identificare la molteplicità di accordi commerciali bilaterali del tempo presente. O, meglio ancora, il "Digesto", quella parte del *Corpus Juris Civilis*, che conteneva una compilazione di frammenti dei giureconsulti classici.

A questo punto, tuttavia, è doveroso osservare che l'impresa qui proposta è molto lontana dall'essere un compito di ordine cartesiano, sotto l'aspetto cognitivo, men che mai regolatorio, sotto il prisma prescrittivo, bensì una libera analogia che riguarda più l'avventura di pensare ciò che la razionalità accademica maggiormente restringe. Così, invece che insegnare, qui si cerca di disimparare alcune vecchie certezze, come già ben proposto da Roland Barthes nella conferenza citata:

²⁶ "(...) Il gusto deve essere controllato, disciplinato e moderato affinché non sia trasformato in un peccato capitale (la gola)" – secondo PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS E CHRYSOSTALIS, 2013, p. 4: "Taste has to be controlled, disciplined and moderated, to avoid it turning into a capital vice (gluttony)". Sul diritto alla sicurezza alimentare, costituzioni come quelle della Bolivia, del Guatemala, del Brasile, del Nepal e dello Zimbabwe, ad esempio, contengono disposizioni specifiche sul diritto al cibo o sul diritto all'alimentazione (cfr. www.constituteproject.org). Nel diritto internazionale c'è un'amplissima bibliografia sul tema – cfr. GOEDERT, 2014, p. 17-18, e SIQUEIRA, 2013, passim.

²⁷ Per un panorama approfondito del diritto della gastronomia, vedi, per tutti, BRANLARD, 1999.

“vi è un’età in cui s’insegna ciò che si sa; ma poi ne viene un’altra in cui si insegna ciò che non si sa: questo si chiama cercare. Ora è forse l’età di un’altra esperienza, quella di disimparare, di lasciar lavorare l’imprevedibile rimaneggiamento che l’oblio impone alla sedimentazione delle cognizioni, delle culture, delle credenze che abbiamo attraversato. Questa esperienza ha, credo, un nome illustre e démodé, che io oserò impiegare senza complessi, proprio nell’ambivalenza della sua etimologia: Sapiencia: nessun potere, un po’ di sapere, un po’ di saggezza, e quanto più sapore possibile.”²⁸

E proprio per questo, l’estetica del presente testo si accosta più alla leggerezza del saggio letterario (tanto nella forma quanto nel tentativo) che non alla perpetuità dell’articolo accademico propriamente detto. Né pretende di essere categorico, né tantomeno si cerca una verità definitiva alla fine del cammino. Come i veri “gastronauti” che si dedicano a spedizioni gastronomiche per esplorare nuove sensibilità, il piacere maggiore consiste nello sperimentare altre possibilità alimentari e sentire i gusti possibili che si scoprono (distinguono) lungo il percorso - senza dimenticare che, in italiano, il *saggio* (i.e. sia la composizione letteraria sia la persona saggia) si lega tanto al sostantivo *assaggio* (una piccola porzione, un pezzettino) sia al verbo *assaggiare* (provare o sperimentare qualcosa). Senza dimenticare mai che “cucinare un piatto è come scrivere un saggio e vice-versa”²⁹, che a partire da ora si intraprende lo stesso viaggio proposto da Italo Calvino:

“il vero viaggio, in quanto introiezione d’un «fuori» diverso dal nostro abituale, implica un cambiamento totale dell’alimentazione, un inghiottire il paese visitato, nella sua fauna e flora e nella sua cultura (non solo le diverse pratiche della cucina e del condimento ma l’uso dei diversi strumenti con cui si schiaccia la farina o si rimesta il paiolo), facendolo passare per le labbra e l’esofago. Questo è il solo modo di viaggiare che abbia un senso oggi, quando tutto ciò che è visibile lo puoi vedere an-

²⁸ BARTHES, 2001, p. 195. In un senso simile, Martin Heidegger menziona che “nel pensiero, ciò che permane è il cammino. E i sentieri del pensiero conservano presso di sé il mistero di poter essere percorsi da davanti o da didietro; mantengono il mistero del cammino a ritroso per condurci innanzi” (HEIDEGGER, 2012, p. 81).

²⁹ RIGOTTI, 2012, p. 7.

³⁰ CALVINO, 1995, p. 10. Nello stesso senso si pronuncia il filosofo Michel Onfray: “Vedere un paese non è sufficiente, lo si deve anche (...) provare. Grimod de la Reynière ha mostrato chiaramente che non esiste una geografia senza tedio che non sia gourmand” (“Voir un pays ne suffit pas, il faut aussi (...) le goûter (...). Grimod de la Reynière a fort bien montré qu’il n’y a de géographie sans ennui que gourmand” - ONFRAY, 1990, p. 16).

che alla televisione senza muoverti dalla tua poltrona."³⁰

Buon appetito!

2. *Les Entrées*

Farine dello stesso sacco!

Prima di avanzare nelle speculazioni più specifiche sui sapori del diritto, è opportuno dare risalto alle antiche e stabili relazioni tra il cibo e la cultura. In questo campo si può cominciare affrontando l'evoluzione della gastronomia e delle sue differenze culturali; commentare come la gastronomia può avvicinarsi pacificamente ai popoli; considerare la culinaria come un'arte e parlare anche di antropofagia, proprio come i predatori naturali nella catena alimentare, che risalgono a Charles Darwin. Ci sono vari approcci possibili alle questioni gastronomiche e del palato, inclusi quelli sociologici, antropologici, storici e filosofici, mediante cui si può inferire che la materia non è affatto disprezzabile ma, al contrario, è ben presente nella storia delle civiltà e delle relazioni umane. *"L'universo non è nient'altro che la vita, e tutto ciò che vive si nutre."*³¹

Lembrando de Gilberto Freyre e il suo favoloso *"Zucchero - Una sociologia del dolce"*, menziona che una sociologia dell'alimentazione decorre dai fondamenti della vita sociale, giacché nessun'altra attività è tanto presente nella storia umana. Tutte le concezioni dell'organizzazione sociale e della sopravvivenza - a cominciare dalla caccia, pesca, attività estrattiva, agricoltura, etc., - si relazionano all'alimentazione. Dai tempi del neolitico, le trappole e i primi strumenti fabbricati dall'uomo avevano come finalità l'atto di alimentarsi.³² Ora, a partire da lì, si capisce che il cibo è tutto ciò che vi si relaziona - come ad esempio il gusto - può essere considerato come un archetipo di un inconscio collettivo³³ e individuale, inculcato indelebilmente nelle viscere remote della mente umana, che risale alla memoria dei sapori e alle sensazioni piacevoli o sgradevoli che ne derivano. Essendo un archetipo così incrostato nelle pareti remote delle menti umane, non deve essere trascurata la ricerca sulle eventuali relazioni tra la sensazione del gusto ed il sentimento della giustizia o il sentimento della giuridicità.

³¹ *"L'univers n'est rien que par la vie, et tout ce qui vit se nourrit"* (L'Aforism I. BRILLAT-SAVARIN, 1864, p. 9).

³² CASCUDO, 2004, p. 339.

³³ JUNG, 1970, *passim*. Non è un caso che i racconti delle fate, essi stessi una complessa dimensione di sociabilità, hanno sempre una relazione stretta con il pasto e il gusto. Sono rarissimi quello che non sfiorano temi alimentari (REVEL, 2007, p. 20-21).

Ogni cultura ha la sua propria gastronomia e l'invenzione di un nuovo piatto può essere festeggiata, ma allo stesso tempo percepita come audace o temeraria. Tutte le società provvedono all'approvvigionamento e alla conservazione degli alimenti, infatti nelle case brasiliane e portoghesi la "dispensa" aveva un posto di rilievo che potrà tornare ad avere, a seconda delle fasi economiche³⁴. Ancora, in molte case la credenza era un mobile indispensabile nei tinelli nelle sale da pranzo. Ci sono elementi fondamentali nella composizione gastronomica di ogni paese o regione che talvolta costituiscono il fondamento del cibo di un popolo o di una classe e, di conseguenza, del gusto. Si può raccontare la storia di una nazione, ad esempio, attraverso la storia dei suoi alimenti; e l'organizzazione sociale può, di conseguenza, essere indagata sotto o attraverso la gastronomia e il gusto: il cuoco del re impiegava spezie inaccessibili allo schiavo o al plebeo.³⁵

Ci sono ritmi nell'alimentazione: si può mangiare di fretta o lentamente, a seconda delle occasioni sociali. Soprattutto c'è un bioritmo dell'atto di mangiare e digerire, che consiste in uno dei fondamenti biologici della vita sulla terra. Esistono infatti folclori, credenze, leggende e superstizioni relative al pasto³⁶, che rivelano che l'alimentazione racchiude anche composizioni dell'immaginario popolare e astratto di ogni cultura, e non solamente della sua biologia, in termini concreti. Il folclore dell'alimentazione è tanto complesso e variegato quanto la sua storia. I costumi della tavola e del cerimoniale, in quanto gesti di rispetto, ritraggono i valori di un gruppo sociale, in una data epoca e, di certo, rivelano un'indelebile traccia religiosa.³⁷

Considerando le strategie alimentari nei tempi preistorici e nelle prime civiltà, si vede che c'è stata un'umanizzazione dei comportamenti alimentari, tra i quali spicca, per esempio, la funzione sociale del banchetto.³⁸ Già nella Bibbia ci sono regole alimentari ebraiche, visto che i fenici, i cartaginesi, gli etruschi e i romani, nell'antichità, avevano sviluppato mezzi, rituali e simbologie proprie legate all'atto del mangiare

³⁴ In questa fase specifica, la biblioteca, un mobile un tempo comune, è scomparsa dall'architettura domestica contemporanea.

³⁵ CASCUDO, 2004, p. 339.

³⁶ CASCUDO, 2004, p. 339.

³⁷ CASCUDO, 2004, p. 339.

³⁸ FLANDRIN E MONTANARI, 1998, *passim*. Nello stesso senso, ONFRAY, 1999, *passim*.

³⁹ FLANDRIN E MONTANARI, 1998, *passim*. In effetti c'è anche una certa convenzionalità nel mangiare e nel bere: "In tutte le società il modo di mangiare è regolato da convenzioni analoghe a quelle che conferiscono significato e stabilità ai linguaggi verbali. Questa combi-

e al gusto. Questi ultimi erano giunti a sviluppare una “grammatica dell'alimentazione e dei pasti romani” stabilendo tipologie, regole e un vocabolario che anche danno da pensare.³⁹ Nell'alta e nella bassa età media, l'alimentazione si relazionava direttamente alle questioni del feudalesimo e della sussistenza, nonché, come in ogni tempo, del mercato. Già in quei tempi, culminando nel periodo moderno, la culinaria di una regione penetra in un'altra, promuovendo lo scambio e la fusione tra costumi. Ancora nella modernità, parallelamente alla rapida espansione dello zucchero, si espande egualmente la gastronomia, differenziandosi dalla dietetica sino alla liberazione della gola.⁴⁰

Tuttavia, è nel periodo contemporaneo che l'atto di mangiare si converte in uno stile o in un'arte, molto oltre una semplice necessità vitale, con nuove raffinatezze per il palato. Gli artefatti primitivi della cucina si sono evoluti sino al forno a microonde o ai “freezers”; sorge il “fast-food” e l'industrializzazione degli alimenti che ora possono persino essere in pillole.

Intanto, per la proposta qui avanzata di relazionare il diritto e il sentimento della giustizia con il sapore, è opportuno ricordare che chi prepara il pasto sempre lo condisce secondo il *proprio* gusto; il gusto corrisponde allora al timbro della cultura, proprio come il senso della giustizia di ogni popolo. La confetteria si trova sempre in Europa, con influenze minimi dalla Cina e dall'India. Non ci sono dolci africani, né indigeni. In Brasile, il colono portoghese mangiò dalle mani indigene e africane, ma la cucina fu plasmata dalla moglie portoghese⁴¹, da cui deriva infatti un gusto tutto particolare, per una nazione. Infine, il gusto alimentare è portatore di legami sociali. Le pietanze e le bevande sono oggetto di discorsi, di dibattiti, comportamenti e comunicazioni. Quanto alle abitudini, è certo che la familiarità aumenta l'accettabilità⁴² - potrebbe essere così anche per le norme giuridiche e la loro applicazione?

Per tutti questi motivi, è valida l'associazione tra il gusto, il diritto

nazione di convenzioni, che chiamiamo 'grammatica' configura il sistema alimentare non come una semplice somma di prodotti e pietanze, riunite in modo più o meno casuale, ma come una struttura in cui ogni elemento definisce il suo significato. Il lessico su cui questo linguaggio erige le proprie fondamenta consiste evidentemente nel repertorio di prodotti disponibili, piante e animali (...) (MONTANARI, 2013, p. 165).

⁴⁰ FLANDRIN E MONTANARI, 1998, *passim*.

⁴¹ CASCUDO, 2008, p. 12.

⁴² AA.VV. *História da Alimentação*, 2005, p. 55.

⁴³ AA.VV. *História da Alimentação*, 2005, p. 55. Nella stessa direzione Michel Onfray: “Cos'è la gastrosofia? Essa è una scienza (“scienza di gola”, scriveva l'asceta Proudhon per fustigarla...) che combina gastronomia, cucina, conservazione, cultura, igiene, filosofia (fourieris-

e il senso della giustizia, poiché, come si diceva in precedenza, mangiare è un atto cognitivo: si conosce anche attraverso il gusto, che è ciò che condusse Charles Fourier a coniare il termine *gastrosofia*⁴³, che gli parve più appropriato di gastronomia. Questo infatti non indica solo la presenza di una fonte di conoscenza empirica diretta, associata al gusto, ma anche che è possibile collocare sulla stessa tavola la spada, la bilancia, le pentole, i piatti e i taglieri.

3. Les Plats Principaux

Il discorso ora entra in cucina.

Oltre quegli aspetti macroscopici prima menzionati, legati al “Diritto della gastronomia” e al “Diritto della/alla alimentazione”, sono molti i punti microscopici (o microfisici!) di contatto tra la giuridicità e il palato, a cominciare dal principale organo con cui ambedue vengono processati: la lingua! *“Una volta tagliata la lingua, il gusto e la parola finiscono”*⁴⁴, e l’oralità è insita sia nella legge che nella gastronomia. Il loro rapporto - cucina e diritto - con la temporalità è anche un problema comune e complesso: in entrambi i campi, il *periculum in mora* è evidente e può portare a conseguenze catastrofiche. Il tavolo, questo mobile così importante, è un altro punto di intersezione tra il diritto e la gastronomia contemporanei - entrambi sarebbero incomprensibili senza la presenza solenne

ta), medicina. Il gastrosofo sa dunque cucinare, conosce la portata geroglifica degli alimenti in virtù della teoria dell'analogia, non ignora nulla della medicina preventiva associata agli alimenti, si attiva in cucina per creare piacere nell'essere, nello stare insieme, sublima le passioni tristi integrandole in banchetti vissuti come performances estetiche o come happenings contemporanei (come presso i futuristi...) che permettono, ad esempio, di farla finita con la guerra classica, letale a livelli inauditi, grazie alla scenografia di combattimenti mediante piccoli pâtés principali, usati come munizioni, o con tappi di bottiglie di champagne che esplodono al posto delle munizioni dei campi di battaglia...” (ONFRAY, 2011, pp. 54-56: “Qu'est-ce que la gastrosophie? Elle est une science (“science de gueule”, écrivait Proudhon l'ascète pour la fustiger...) qui combine gastronomie, cuisine, conserve, culture, hygiène, philosophie (fourériste), médecine. Le gastrosope sait donc cuisiner, il connaît la charge hiéroglyphique des aliments en vertu de la théorie de l'analogie, il n'ignore rien de la médecine préventive associée aux aliments, il s'active en cuisine pour créer du plaisir à être, puis à être ensemble, il sublime les passions tristes en les intégrant dans des banquets vécus comme des performances esthétiques ou des happenings contemporains (comme chez les futuristes...) qui permettent, par exemple, d'en finir avec la guerre classique, létale à des niveaux inouïs, grâce à la scénographie de combats avec des petits pâtés pivotaux en guise de munitions, ou de bouchons de bouteilles de champagne qui explosent en lieu et place des munitions de champ de bataille...”).

⁴⁴ BARTHES, 2004, p. 324. In effetti, la bocca è una soglia comune, uno spazio di transizione, da cui escono le parole ed entrano gli alimenti. L'eccesso in uno di questi due percorsi può portare a peccati capitali, iniziando con la voracità e la rabbia. (RIGOTTI, 2014, p. 68 e 71).

di un tavolo nei propri luoghi di lavoro e di realizzazione. È possibile, oggi, preparare la cena e il diritto, senza un tavolo? In effetti, tanto la preparazione culinaria quanto quella giuridica, richiedono egualmente prudenza e rituali, un'autentica coreografia.⁴⁵ In particolare, proprio la prudenza e la precisione proprie del diritto e della culinaria si trasfigurano in uno strumento comune alla cucina e ai tribunali: la bilancia. Per conferire certezza, sicurezza e prevedibilità a chi deve dargli esecuzione, il diritto e la culinaria custodiscono nelle proprie ricette e codici le loro norme (*nomos*, da cui “-nomia”), che tendono più a prescrivere che a descrivere.⁴⁶ Mangiare è, si badi bene, un atto ampiamente regolamentato e normato, dalle ricette, passando per le buone maniere dello stare a tavola, sino a giungere agli spazi dedicati all'alimentazione e alla vera e propria regolazione dell'alimento. Chi si siede, quando si siede e dove si siede sono regole rigide del cerimoniale nei refettori, nei saloni dei banchetti diplomatici e nelle aule di tribunale. Essenzialmente conservatori, il diritto e la gastronomia lottano con tradizioni, costumi e repertori, sino a confluire nella costituzione di un “patrimonio culturale immateriale dell'umanità”. Codesto patrimonio culturale immateriale, negli ultimi tempi, è stato contrassegnato, in alcuni campi, da un certo prestigio della *lightness*, del morbido, del lieve, incontrati tanto nelle “spume di salmone” della cucina molecolare quanto nel vigore della principiologia giuridica e della *soft-law*.⁴⁷ In altri campi, tuttavia, il peccato della gola è stato dannoso a un diritto e a una gastronomia ghiottoni: nel tentativo di regolare e divorare tutto, la società perde in qualità nella sua giuridicità e culinaria eccessive!⁴⁸ Diritto e gastronomia, in verità, vivono oggi una costante tensione tra località e globalità, tradizione e novità, rapidità e velocità, complessità e semplicità, peso e leggerezza, copia e improvvisazione, minimalismo

⁴⁵ BRANLARD, 2009, p. 20. Vedi, per esempio, il piccolo balletto intorno a una crêpe suzette, una homelette flambé o una bistecca al pepe spruzzata di cognac, quando vengono preparate al tavolo davanti al commensale (REVEL, 2007, p. 32). Questa coreografia si ripete nei riti processuali e nelle aule di udienza.

⁴⁶ RIGOTTI, 2012, p. 36; REVEL, 2007, p. 14. Inoltre, lo stesso Jean-François Revel è enfatico: “La cucina è un'arte normativa in cui, come nella grammatica, nella morale e nella medicina, la descrizione e la prescrizione difficilmente possono essere separate” (“La cuisine est un art normatif où, comme dans la grammaire, la morale et la médecine, la prescription et la description ne peuvent guère être séparés” – REVEL, 2007, p. 35).

⁴⁷ Sul concetto di *lightness* nel diritto, v. FRANCA FILHO, 2014, *passim*.

⁴⁸ RIGOTTI, 2014, *passim*.

⁴⁹ BAGGINI, 2014, *passim*.

⁵⁰ RABENHORST, 2014, p. 48.

e barocco⁴⁹ - tutto ciò discende dal fatto che ambedue, diritto e cucina, viaggiano, circolano, transitano e non solo come ricette o legislazione, ma come *"forma di pensare e agire di una collettività"*⁵⁰. Cucina e diritto, in questo senso, richiamano la figura del Giano latino, il dio bifronte che ascolta simultaneamente il passato e il futuro, la tradizione e l'innovazione.⁵¹

Inoltre il Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior bene avverte che il discorso giuridico ha i suoi fondamenti nella decidibilità⁵², e dunque il giudizio è una categoria centrale tanto per il diritto quanto per il gusto. In ambedue l' "apprezzamento" svolge un ruolo fondamentale: *"Infatti, (...) il diritto e il palato condividono lo stesso meccanismo base: l'apprezzamento. A differenza degli altri sensi, il gusto è sempre un atto di apprezzamento."*⁵³ Anche il diritto è, in larga parte, apprezzamento: in ogni momento il giurista si vede inclinato a scegliere percorsi che conducono alla certezza o all'errore, alla giustizia o all'ingiustizia, al torto o al diritto. Inoltre i rispettivi codici (apparentemente) binari hanno rituali e grammatiche proprie tanto nel diritto quanto nell'arte culinaria e fuggire da essi - rituali e grammatiche - è sempre rischioso. Il Prof. Bjerne Melkevik ben traduce questo legame tra il giurista e il testo:

*"(...) Un giurista lavora con i testi e (...) questi sono per lui meri strumenti di lavoro. (...) Questo significa che, nello stesso modo in cui un carpentiere lavora con un martello, una sega, un trapano, etc. (...), un giurista lavora con i testi."*⁵⁴

⁵¹ Jean-François Revel è chiaro riguardo il carattere gianoico della gastronomia: *"Il gastronomo non è né prigioniero della tradizione, né impressionato dalla novità"* (*"Le gastronome n'est ni prisonnier de la tradition, ni impressionné par la nouveauté"*, REVEL, 2007, p. 166).

⁵² FERRAZ JR, 1997, p. 171-2.

⁵³ *"Indeed, (...) law and taste primarily share the same core mechanism: judgement. Perhaps differently from other senses, taste is always an act of judgement"* (PHILIPPOPOULOS-MIHAILOPOULOS E CHRYSSOSTALIS, 2013, p. 3). Em sentido próximo: BAGGINI, 2014, p. 101 e ss. O tema do juízo foi abordado também em CARNEIRO, s/d, *passim*.

⁵⁴ *"Un juriste travaille avec des textes et (...) ces derniers ne sont que des outils de travail. (...) Cela signifie que de la même façon qu'un charpentier travaille avec un marteau, une scie, une drille, etc (...), le juriste travaille avec des textes."* (MELKEVIK, 2014, p.57-58).

⁵⁵ Il francese Jean Anthelme Brillat-Savarin è considerato uno dei padri fondatori della gastronomia moderna. Avvocato e, successivamente, presidente emerito del Tribunale di l'Ain e, successivamente, consigliere nell'eccelsa *Cour de Cassation* di Parigi, è anche autore del classico *"Fisiologia del gusto"* (*"Physiologie du Goût"*), del 1825, riferimento imprescindibile della letteratura gastronomica universale. BARTHES (2004, p. 338) lo definisce così: *"fu essenzialmente un soggetto polimorfo: giurista, diplomatico, musicista, mondano, ben conosciuto fuori della provincia, per lui l'alimentazione non fu una mania, ma piuttosto una specie di operatore universale del discorso"*.

Con questi e molti altri punti di contatto culturali, non deve stupire che molti giuristi - a cominciare da Jean Anthelme Brillat-Savarin⁵⁵, passando quindi per Grimod de La Reynière⁵⁶, per Joseph Berchoux⁵⁷, per Robert Parker⁵⁸, per la Ministra Eliana Calmon⁵⁹ e per il Prof. Dr. Gladston Mamede⁶⁰ - si dedicano con grande entusiasmo e competenza al diritto e all'arte culinaria o alla gastronomia. A questo proposito, Brillat-Savarin, il giurista gastronomo, propone una definizione molto ampia di gastronomia, quasi enciclopedica: *"la gastronomia è la conoscenza razionale di tutto ciò che si relaziona all'uomo, in ciò che concerne la sua alimentazione."*⁶¹ A tal proposito, se è ben vero che, come recitano le Sacre Scritture, *"beati coloro che hanno fame e sete di giustizia, perché essi saranno saziati"* (Matteo 5,6), si può inferire con sicurezza che anche la giustizia costituisce un alimento per l'uomo e, pertanto, viene inclusa in quella ampia definizione di gastronomia formulata da Brillat-Savarin. Per Brillat-Savarin e il suo umanesimo culinario, il tema gastronomico permetterebbe di discettare, attraverso di esso, su una pleiade di altri temi: geografia, economia, storia e (perché no?) diritto.

Fu proprio lo stesso giurista Brillat-Savarin che, nella terza decade

⁵⁵ L'eccentrico avvocato e gastronomo parigino Alexandre Balthazar Laurent Grimod de La Reynière conquistò la notorietà durante il regno di Napoleone per essere uno dei primi critici culinari della storia. È autore della classica guida gastronomica *"Almanach des Gourmands"*, pubblicato a fascicoli tra il 1803 e il 1812 (BRANLARD, 2009, p. 91).

⁵⁷ Il giudice Joseph Berchoux, con il suo *"L'Homme des Champs à Table"*, inventa e consacra, in poesia, le parole "gastronomia" e "gastronomo" nel vocabolario francese (BRANLARD, 2009, p. 90). Dopo di che furono ambedue dizionarizzate.

⁵⁸ L'avvocato americano Robert Parker si è laureato in Giurisprudenza presso l'Università del Maryland nel 1973. Nel 1984, abbandonò la carriera legale per dedicarsi esclusivamente a scrivere sul vino, diventando il proprietario di un impero editoriale di cui il capolavoro è la rivista *"The Wine Advocate"*.

⁵⁹ Ministra in pensione del Superior Tribunal de Justiça (STJ) e celebre cuoca, la baiana Eliana Calmon è autrice di un best-seller già alla 10ª edizione: il libro *"Receitas Especiais - REsp"* (Rio de Janeiro: ed. JC, 2013), con più di 360 pagine di ricette culinarie di dolci e salati, baiani e non solo.

⁶⁰ Gladston Mamede, dello stato di Minas Gerais, da parte sua, dottore in filosofia del diritto presso la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), professore universitario e autore di un'ampia opera giuridica nel campo del diritto privato, mantiene da poco tempo un blog molto popolare di critica enogastronomica. Chi già ha avuto occasione di provare uno dei suoi piatti, dice che è un alchimista del buono.

⁶¹ *"La gastronomie est la connaissance raisonnée de tout ce qui a rapport à l'homme, en tant qu'il se nourrit."* (BRILLAT-SAVARIN, 1864, p. 57).

⁶² *"Dis-moi ce que tu manges, je le dirai ce que tu es"* (L'Aforism IV. BRILLAT-SAVARIN, 1864, p. 9).

del secolo XIX (1825), formulò l'aforisma *"dimmi cosa mangi, e ti dirò chi sei"*⁶², nella sua opera gastronomica classica *"Fisiologia del gusto"*. Ispirato da un simile raziocinio, questo sembra essere il punto di partenza di Claude Lévi-Strauss in *"Il crudo e il cotto"*, secondo cui è possibile *"mostrare in che modo le categorie empiriche, come quelle di crudo e cotto, di fresco e di marcio, di macerato e di bruciato etc., definite con precisione mediante la mera osservazione etnografica, e sempre a partire da un punto di vista di una cultura particolare, possono servire come strumenti concettuali per isolare nozioni astratte e concatenarle in proposizioni"*⁶³. Il gusto, pertanto, rivela una doppia esperienza - tanto l'esperienza attiva (di fare esperienze, o *Erfahrung* in tedesco), quanto l'esperienza passiva (di vivere esperienze, o *Erlebnis* in tedesco).⁶⁴ Certamente per questa ragione, il filosofo Michel Onfray riesce a comprendere meglio alcuni pensatori, come Diogene, Rousseau, Kant, Nietzsche o Sartre, a partire dalle loro scuole culinarie e regimi alimentari: *"Ogni cucina rivela un corpo e allo stesso tempo uno stile, se non un mondo."*⁶⁵

Allo stesso modo, una metafora visiva provocatoria di quella massima *"dimmi come mangi, e ti dirò chi sei"* sembra essere il quadro *L'Avvocato* (chiamato anche *"il Giurista"*), del 1566, un grottesco olio su tela realizzato da Giuseppe Arcimboldo, che fece ricorso a diversi tipi di uccelli arrostiti e pesci interi per comporre la fisionomia di un uomo di Legge il cui corpo è costituito da documenti e libri giuridici (fig. 1). È consuetudine attribuire quella figura strana, vecchia, arcigna e asciutta, eppure nobile, al giurista tedesco Johann Ulrich Zasius, influente avvocato delle corti dei monarchi asburgici Ferdinando I e suo figlio Massimiliano II. Nel ritratto elaborato da Arcimboldo attira l'attenzione soprattutto la sua irrazionalità: giustamente la testa del giurista è dominata dall'animalità. Certamente da vicino nessuno è normale. Il vestito di documenti (quaderni e fogli sfusi) sta sul petto, vicino al cuore della persona ritratta, non privo di una sua grazia: è anche il luogo di una *"erotica"* (o di una ermeneutica giuridica cordiale), come molti secoli più tardi proporrà Susan Sontag. Infine, questa prossimità tra arti visive, arti culinarie e diritto non è innocente! Arte, cucina e diritto son linguaggi attraverso cui ogni società codifica certi messaggi mediante riti, segni, azioni, tecniche, operazioni simboliche etc. Quelle tre manifestazioni - Arte,

⁶³ LEVI-STRAUSS, 2010, p. 1.

⁶⁴ PERULLO, 2013, p. 19.

⁶⁵ *"Toute cuisine révèle un corps en même temps qu'un style, sinon un monde"* (ONFRAY, 1990, p. 9).

⁶⁶ REVEL, 2007, p. 25.

Cucina e Diritto - costituiscono espressioni del linguaggio e, proprio per questo, sono spazi adeguati all'espressione/interpretazione. *"Ogni menu è un esercizio di retorica"* - provoca Jean François Revel.⁶⁶

Prova di questa ricca retorica gastronomica sono i ristoranti che, per trasmettere un messaggio di contemporaneità, adottano piatti quadrati, tovaglioli neri, posate firmate da impetuosi designers italiani, in cui la presentazione del pasto è chiaramente Bauhaus e il vino è descritto nel menu come un denso testo semiotico di Haroldo de Campos o Umberto Eco. Pertanto, ci sono retoriche artistiche, gastronomiche e giuridiche, tutte con enorme capacità espressiva, insomma, come già ben rilevava Martin Heidegger, *"l'uomo parla. Parliamo da svegli e nel sonno. Parliamo continuamente. Parliamo persino quando non pronunciamo nessuna parola. Parliamo quando ascoltiamo e leggiamo. Parliamo ugualmente quando non ascoltiamo o non leggiamo e, al contrario, realizziamo un lavoro o procediamo a caccaggio. Parliamo sempre in un modo o in un altro. (...) Il linguaggio si incontra in ogni luogo"*.⁶⁷ Come molte altre cose, i menu parlano attraverso il silenzio. Nell'intersezione tra tutte queste retoriche si incontra la *"eat art"*, una corrente artistica, creata negli anni '60, tra gli altri, da Daniel Spoerri, che collocava gli alimenti come opere d'arte.⁶⁸ Un altro esempio interessante di queste multiple intersezioni retoriche tra arte, cibo e parola è il famoso ristorante-teatro fiorentino *"Teatro del Sale"*, dove il celebre chef Fabio Picchi disegna dei menu che si armonizzano con le belle rappresentazioni artistiche della sua sposa Maria Cassi, in un palazzo storico nel vecchio centro di Firenze. Alimenti per il corpo e per l'anima.

Molti secoli prima della *"eat art"* o del *"Teatro del Sale"*, Giuseppe Arcimboldo non dipinse solo quel *"Giurista"* in tono critico o caricaturale. La sua opera è vasta e le risorse di cui si avvale per ritrarre con asprezza i suoi personaggi furono molteplici: animali, fiori, frutti, verdure etc. Infatti non è credibile che, nel ritrarre il prestigioso avvocato Johann Ulrich Zasius, l'opzione in favore di uccelli e pesci non sia stata ben ponderata!

In ogni modo, con Arcimboldo è possibile capire che il diritto non ha un sapore dolce. Dolce può essere il sapore di una vittoria giudi-

⁶⁷ HEIDEGGER, 2012, p. 7.

⁶⁸ Si suol dire che, nel secolo XVIII, il grande *chef* francese Marie-Antoine "Antonin" Carême, conosciuto come "il Re deo cuochi e il cuoco dei Re", abbia proclamato una frase emblematica di fronte a questa interazione artistica: *"Le belle arti sono cinque: la pittura, la scultura, la poesia, la musica e l'architettura, che ha come branca principale la pasticceria"* (*"Les beaux arts sont au nombre de cinq, à savoir : la peinture, la sculpture, la poésie, la musique et l'architecture, laquelle a pour branche principale la pâtisserie"*).

ziale. Dolce è il latte materno - il primo alimento umano. Nelle settimane iniziali dell'alimentazione, il latte materno contiene molto lattosio, che ne permette il sapore iniziale discretamente dolce. Con il passare del tempo, il lattosio diminuisce e il latte materno comincia ad avere una quantità maggiore di sali minerali di modo che il sapore diventa leggermente salato. Il sapore dolce, inoltre, è sempre relazionato all'attività nomade più primitiva: il miele e la frutta, molto prima dello zucchero, furono alimenti umani e sono legati all'idea di natura, quando l'uomo era essenzialmente raccoglitore. Come costruzione culturale (o civilizzatrice), il diritto non si è costituito mediante un dono della natura; come una manna. Mai dato, il diritto è invece sempre costruito, elaborato e, proprio per questo, è più abituato ai sapori salati - come quelli della caccia, e, successivamente, quelli dell'agricoltura e della cucina di alcuni piatti.

Senza essere necessariamente acido, il diritto può ben essere salato. Senza dubbio ci sono molti alimenti salati. Che tipo di sapore salato sarebbe più vicino al diritto? Il crudo? Il cotto? L'arrosto? Il marcio? Il fritto? Per una ragione simile a quella del sapore dolce, i crudi e i marci non avrebbero una grande prossimità con il diritto, una volta che denotino un qualche naturalismo. Crudo sarebbe il sapore della vendetta privata. Marcio, quello della pena di morte. Lo stato di natura sanguina come un pezzo di carne. L'apparente razionalità e complessità dei sistemi giuridici contemporanei lo lasciano distante dai sapori *"in natura"*. Essendo qualcosa di trasformato, un oggetto culturale, il diritto è in verità una *"res non naturalis"* e, per questo, più vicino al *"pasto"* che non all'*"alimento"*. In questo senso Massimo Montanari spiega la differenza culturale tra pasto e alimento:

"Cucinare è attività umana per eccellenza, è il gesto che trasforma il prodotto 'naturale' in qualcosa di profondamente diverso: le modificazioni chimiche provocate dalla cottura e dalla combinazione degli ingredienti permettono di mettere in bocca un alimento, se non totalmente 'artificiale', sicuramente 'lavorato'. Per questo, negli antichi miti e nelle leggende della creazione, la conquista del fuoco rappresenta (simbolicamente, ma anche materialmente e tecnicamente) il momento costitutivo fondativo della civilizzazione umana. Il crudo e il cotto, ai quali Claude Lévi-Strauss dedicò un saggio famoso e che, a ragione, rappresentano i poli opposti di contrapposizione (...) tra natura e cultura. Nella mitologia gre-

⁶⁹ MONTANARI, 2013, p. 56. Nello stesso senso, REVEL, 2007, p. 39.

*ca, il fuoco appartiene solamente agli dei, ma sino al momento in cui il gigante Prometeo rivela il segreto agli uomini. È un gesto di pietà in relazione a quegli esseri nudi e indifesi (...)."*⁶⁹

Infine, neanche il fritto sembra in grado di tradurre l'interezza del sapore della giuridicità. Il processo della frittura consiste, in sostanza, nel sorprendere l'alimento con un caldo molto forte di olio o di grasso⁷⁰. L'idea della sorpresa, tuttavia, non si adatta alla nozione di giuridicità, che invece apprezza molto di più la prevedibilità e la stabilità. Il tempo del diritto non è lo stesso tempo della frittura veloce.

Pertanto, per eliminazione, il diritto deve essere qualcosa di cucinato, qualcosa che contenga una natura trasformata dal fuoco del sapere, così come il cuoco - attraverso le sue ricette, gesti e tecniche - modifica alchemicamente il sapore naturale delle cose. Seguendo questo percorso sensoriale, si incontrano i sapori degli arrosti e dei cotti. Il diritto avrebbe un sapore di qualcosa cotto o di qualcosa arrosto? Ora, il diritto è lontano dall'essere qualcosa di solido, uniforme, rigido e consistente come un porcellino da latte, uno stinco o un pollo arrosto. È proprio del diritto un certo calore, con la sua mobilità e inconsistenza propria delle zuppe, degli stufati, delle fondute. Soprattutto oggi, il diritto scorre e avanza per occupare quasi la totalità della vita quotidiana, addentrandosi in aree impensabili sino a poco tempo fa. Ma il diritto non è omogeneo come una zuppa, un *consommé* o una *fondue* di formaggio! Neanche rado. Il diritto è un fluido più spesso, grosso.

Oltre la sua presentazione e consistenza, l'arrosto mantiene molte prossimità con il crudo. L'arrosto è una reminiscenza atavica del crudo, della cacciagione, della selvaggina, "*che non esige altri mezzi oltre il fuoco, sul quale la carne cuoce violenta e direttamente. (...) Il cotto, invece, che 'media' per mezzo dell'acqua la relazione tra il fuoco e il pasto, ed esige l'uso di un recipiente - ossia di un artefatto culturale - per contenere e cucinare le carni, tende ad assumere significati simbolici legati più alla nozione di domesticità*"⁷¹. Rubem Alves concorda con questa prospettiva "selvaggia" dell'arrosto:

"Il churrasco (la carne alla brace) è il prodotto più primitivo della culinaria. Prima di quello c'era la carne cruda. Accadde per caso: il fuoco acceso, nella caverna, per fare calore. I trogloditi intorno alla carne cruda. Veglia o sonno. Dormirono. Quando si risvegliarono, il fuoco aveva cotto la carne. Si infuriarono ma si decisero a mangiarla lo stesso. Scopirono che la carne era diventata più morbida e più gustosa. Così fu inven-

⁷⁰ BARTHES, 2004, p. 329.

⁷¹ MONTANARI, 2013, p. 78-79.

*tato il churrasco. Il churrasco è la prima tecnica culinaria di cui si ha notizia. Era solo mettere la carne sulla brace. Passarono secoli, forse millenni, prima che i nostri antenati avessero l'idea di usare degli spiedi. Il profumo del grasso consumato col fuoco che cola sulle braci è il 'lascito' olfattivo che fa uscire dalla caverna in cui si nasconde il troglodita che abita in noi."*⁷²

Mentre l'arrosto è presente come piatto principale nei maestosi banchetti formali, nelle commemorazioni delle vittorie belliche e nelle battute di caccia all'aria aperta, sempre con molti commensali, i piatti cucinati sono propri delle cucine rustiche, della domesticità *en petit comité*. Il grande arrosto è, inoltre, essenzialmente mascolino – il mondo dei mattatoi, dei macellai, delle churrascherie, dei fornelli, del sale grosso e degli spiedi –, mentre i cotti e i suoi tegami, pentole e calderoni sono – come la Dea della Giustizia (e le streghe) – abbastanza legati all'universo femminile e alle sue delicatezze e sensibilità. Di nuovo, Rubem Alves è chiaro:

*"Il churrasco immagina spiedi, coltelli, forchette: oggetti fallici, maschili, infernali. Il churrasco ha bisogno di perforazioni, tagli, lacerazioni. Le mandibole lottano con la carne. La carne resiste."*⁷³

L'arrosto è concentrazione; il cotto, insinuazione.⁷⁴ I cotti, nella loro succulenza, rimandano alla fluidità, all'umidità e all'acqua. Di più: *"il liquido è lo stadio anteriore o posteriore dell'alimento, la sua storia complessiva, e pertanto la sua verità"*.⁷⁵ È proprio del succo nutriente o gustoso di provocare l'acquolina in bocca. Come il cotto, il diritto ha un sapore eterogeneo, misto, complesso, la cui consistenza alterna pezzi più teneri a pezzi più duri, difficili da inghiottire, ma sempre con molto succo. Così il diritto avrebbe un aspetto molto prossimo ai grandi cotti rustici, preparati nei grandi calderoni e aperti a molteplici influenze culturali. Il diritto, pertanto, sarebbe più esposto alla complessità gastronomico-culturale della *feijoada* brasiliana, del *cozido* portoghese, dei *callos a la madrileña* spagnoli, della *cassoulet* francese, della ribollita italiana, tutti piatti di *assemblage* o di sincretismo. In tutti questi, c'è una salsa profumata che, una volta in bocca, avvolge poco a poco tutto l'organismo, riscaldandolo. Que-

⁷² ALVES, Rubem. Churrasco. In: ALVES, 2000, p. 66-67.

⁷³ ALVES, Rubem. Sopas [Zuppe]. In: ALVES, 2000, p. 70.

⁷⁴ REVEL, 2007, p. 45.

⁷⁵ BARTHES, 2004, p. 321.

sto sugo essenziale conferisce unità e sistematizzazione ad un piatto tanto eterogeneo.

Questi cotti nacquero come resti o avanzi – l'*ultima ratio* della dispensa – che finirono in pentola perché non c'erano parti nobili da consumare. Autopoieticamente, il cotto non smette di essere, allo stesso modo, una "*pozione magica per mezzo della quale ciò che era perduto si salva dalla perdizione e viene ricondotto alla circolazione della vita e del piacere*".⁷⁶ Questi piatti furono consegnati alle generazioni posteriori attraverso la tradizione orale delle antiche generazioni e solo più recentemente sono state trascritte in libri di ricette. Codesta cucina rustica, organica, di convergenze multiple e inumidita era una cucina orale e consuetudinaria che fu trascritta (positivizzata) solo molto tempo dopo il suo radicamento nella cultura alimentare di quelle popolazioni.

Si dice che codesti menù siano piatti di *assemblage* o di sincretismo non solo perché mischiano ingredienti e riferimenti multipli, ma anche perché riuniscono molti commensali. Nessuno prepara una *feijoada* solo per sé; essa richiede socievolezza.

4. Le Dessert

"In vino veritas".

Il testo accademico sviluppa un percorso temporale in tutto simile al processo della produzione del vino. Nella fase iniziale del processo, o vinificazione, dello schiacciamento e premitura dei migliori frutti colti nelle vigne (o biblioteche) si produce un succo rustico e dolce, il mosto, che, una volta fermentato, darà origine al vino. Nelle tesi, dissertazioni e articoli accademici, parimenti occorre una fermentazione (intellettuale) simile, con i riferimenti iniziali della ricerca al posto delle uve. Questa tappa iniziale del processo, richiede non solo un raccolto (o vendemmia, nel pergolato, nella biblioteca o nel laboratorio) adeguato, ma anche, di seguito, una previa separazione dei rami e delle foglie (inutilizzabili). Dopo questa prima tappa, viene la maturazione, la seconda fase per cui passa la produzione del vino. La maturazione avviene quando il vino non rifinito viene trasferito dalle grandi botti di acciaio in cui è avvenuta la fermentazione nei barili di quercia. Questa seconda fase, o maturazione, avviene, in maniera simile, nei lavori accademici, che an-

⁷⁶ ALVES, Rubem. Zuppe. In: ALVES, 2000, p. 70. Anche il diritto ha le sue pozioni magiche e qualcosa di magico. Sul tema, per tutti, v. GURVITCH, Georges. **A Magia e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

che richiedono un'ossigenazione, sia negli esami di abilitazione sia nelle conversazioni durante la redazione del testo, al fine di perdere la costrizione dei suoi argomenti e di valorizzare i suoi aspetti più positivi. Il vino è un essere vivente e, dopo la sua maturazione, viene finalmente l'invecchiamento. Questa tappa avviene già nella bottiglia o, nelle tesi e nei lavori accademici, dopo la difesa pubblica o la pubblicazione. Contrariamente a ciò che ritiene il senso comune, non tutti i vini invecchiano bene! Solo i grandi vini – i “vini da collezione”, come i Brunelli e i Bordeaux – sono capaci, con la longevità, di guadagnare ancora in sapore, complessità e ricchezza sensoriale. Se la base di un vino o di una tesi è debole (il *terroir* o la ricerca), il tempo non è capace di migliorarli!

Questa digressione intorno al sapore e al sapere non ha altra intenzione se non quella di avvisare che il presente testo è solo una riflessione nel processo di maturazione sul tema sensoriale nel diritto, con speciale attenzione al senso del gusto. Terminato il raccolto, il risultato ora comincia ad essere ossigenato ed areato. Come si è detto sin dall'inizio, si tratta qui di un saggio o, in un italiano reinventato, di un (*as*)saggio. Non si cerca di fissare, col ferro e col fuoco, un unico sapore per il diritto, che sarebbe impossibile, ma invece di speculare sopra i possibili sapori incontrati nelle cucine della giuridicità, a partire da un punto di vista transgiuridico. Non c'è soltanto un sapore. Ci sono sapori, palati, gusti, anche perché tutti sono dinamici e mutano costantemente. Come qualsiasi linguaggio – sia esso musicale, matematico o qual altro, il linguaggio gastronomico non è mai semplice. Non c'è una verità alimentare universale, tanto quanto non pare plausibile una verità giuridica universale.

LES BOISSONS

- AA.VV. **História da Alimentação**. [História – Questões & Debates, n. 42], Curitiba: UFPR, 2005.
- ALVES, Rubem. **Concerto para Corpo e Alma**. Campinas: Papirus, 2000.
- _____. **O Retorno e Terno - Crônicas**. Campinas: Papirus, 1995.
- BAGGINI, Julian. **The Virtues of the Table: How to Eat and Think**. London: Granta, 2014.
- BARRETO, Tobias. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Landy, 2001.
- BARTHES, Roland. **O Rumor da Língua**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. **Mitologias**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- _____. **Aula**. São Paulo: Cultrix, s/d.
- _____. **Sade, Fourier, Loyola**. Torino. Einaudi, 2001
- BRANLARD, Jean-Paul. **La Table et le Droit – Décisions de Justice Gourmandes: 50 Commentaires**. Paris: LexisNexis, 2014.
- _____. **La Gastronomie: Une Approche Juridique**. Paris: Eska, 2009.
- _____. **Droit et Gastronomie: Aspect Juridique de l'Alimentation et des Produits Gourmands**. Paris: LGDJ, 1999.
- BRIGENTI, Andrea Mubi. **Remarks for a Territoriology of Wine Tasting**. Non Liqueur: The Westminster Online Working Papers Series, Law and the Senses Series: The Taste Issue, 2013, 31-39.
- BRILLAT-SAVARIN, Jean Anthelme. **A Fisiologia do Gosto**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- _____. **Physiologie du Goût**. Paris: Typographie de Henri Plon, 1864.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- BRUNCEVIC, Merima; LINNÉ, Philip. **A Taste of Law and Coffee – From Macrocosm to Microcosm**. Non Liqueur: The Westminster Online Working Papers Series, Law and the Senses Series: The Taste Issue, 2013, 11-30.
- BRUNDSCHWIG, Colette R. On Visual Law: Visual Legal Communication Practices and Their Scholarly Exploration. In: SCHWEIHOFFER, Erich et al. (eds.). **Zeichen und Zauber des Rechts: Festschrift für Friedrich Lachmayer**. Bern: Editions Weblaw, 2014, p. 899-933.
- _____. Law Is Not or Must Not Be Just Verbal and Visual in the 21st Century: Toward Multisensory Law. In: SVANTESSON, Dan Jerker B.; GREENSTEIN, Stanley (editors). **Internationalisation of Law in the Digital Information Society: Nordic Yearbook of Law and Informatics 2010-2012**. Copenhagen: Ex Tuto, 2013, p. 231-283.
- _____. Multisensory Law and Therapeutic Jurisprudence: How Family Mediators Can Better Communicate with Their Clients. **Phoenix Law Review**. v. 5, n. 4, Summer 2012, p. 705-746.
- _____. Multisensory Law and Legal Informatics - A Comparison of How These Legal Disciplines Relate to Visual Law. In: GEIST, Anton et al (eds.). **Structuring Legal Semantics:**

Festschrift for Erich Schweighofer. Bern: Editions Weblaw, 2011, p. 573-667.

CALVINO, Italo. **Sotto il sole giaguaro.** Milano: Mondadori, 2000.

CARNEIRO, Maria Francisca. O Juízo como Elemento comum ao Direito e à Arte. In: FRANCA FILHO, Marcílio Toscano et al. **Antimanual de Direito & Arte.** São Paulo: Saraiva, s/d (no prelo).

_____. **Direito, Estética e Arte de Julgar.** Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

_____. **Método de Valuación del Dano Moral – de los Languages al Derecho.** Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

CARNEIRO, Maria Francisca; VENTURI, Eliseu Raphael et al. Qual é o Cheiro do Direito? Primeiras conjeturas para uma semiótica da “matéria” jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3570, 10 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24139>>. Acesso em: 26 set. 2014.

CARRUTHERS, Mary. Sweetness. **Speculum**. v. 81, n. 04, October/2006, p. 999-1013.

CASCUDO, Luís da Câmara. **Antologia da Alimentação no Brasil.** São Paulo: Global, 2008.

_____. **História da Alimentação no Brasil.** São Paulo: Global, 2004.

_____. **Seleta.** Rio de Janeiro: José Olympio, 1972.

COELHO NETTO, J. T. **Semiótica, Informação e Comunicação – Diagrama da Teoria do Signo.** São Paulo: Perspectiva, 1990.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Direito, Retó-**

rica e Comunicação – Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1997.

FLANDRIN, Jean-Louis; MONTANARI, Massimo. **História da Alimentação.** São Paulo: Estação Liberdade, 1998.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Multisensory Law and Italo Calvino's “Lezioni Americane”. **Comparative Law Review**. v. 5, n. 1, 2014.

_____. **A Cegueira da Justiça - Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito.** Porto Alegre: Fabris, 2011.

_____. **O Silêncio Eloquentemente - Omissão do Legislador e Responsabilidade do Estado na Comunidade Europeia e no Mercosul.** Coimbra: Almedina, 2008.

GALGANO, Francesco. **Le Insidie del Linguaggio Giuridico.** Bologna: Il Mulino, 2010.

GOEDERT, Nathalie (dir.). **A La Table du Droit: Repas, Droit et Cinema.** Paris: L'Harmattan, 2014.

GURVITCH, Georges. **A Magia e o Direito.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem.** Petrópolis: Vozes, 2012.

JHERING, Rudolf von. **Sobre el Nacimiento del Sentimiento Jurídico.** Madrid: Trotta, 2008.

JOUARY, Jean-Paul. **Ferran Adrià, l'Art des Mets: Un Philosophe à el Buli.** Paris: Les Impressions Nouvelles, 2011.

JUNG, Carl Gustav. **Arquetipos e Inconsciente Colectivo.** (Versão castelhana de Miguel Murmis), Buenos Aires: Paidós, 1970.

- JURAFSKY, Dan. **The Language of Food – A Linguist reads the Menu**. London: Norton, 2014.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Cru e o Cozido – Mitológicas 1**. São Paulo: Cosac & Naify, 2010.
- MASCIANDARO, Nicola. **The Sweetness (of the Law)**. Non Liqueur: The Westminster Online Working Papers Series, Law and the Senses Series: The Taste Issue, 2013, 40-60.
- MELKEVIK, Bjarne. **Épistémologie Juridique et Dejà-Droit**. Paris: Buenos Books International, 2014.
- MENDES, A. C. **Direito, Linguagem e Estrutura Simbólica**. Curitiba: Edição da Faculdade de Direito de Curitiba, 1994.
- MONTANARI, Massimo. **Comida como Cultura**. São Paulo: Senac São Paulo, 2013.
- ONFRAY, Michel. Confessions d'un Gastosophe [Entretien avec Marc Legros]. **Philosophie Magazine**. n° 50, Juin 2011, pp. 54-56.
- _____. **A Razão Gulosa: Filosofia do Gosto**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.
- _____. **Le Ventre des Philosophes: Critique de la Raison Diététique**. Paris: Le Livre de Poche, 1990.
- PERULLO, Nicola. **O Gosto como Experiência**. São Paulo: SESI-SP, 2013.
- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas; CHRYSSOSTALIS, Julia (Editors). **Introduction: Law and Taste**. Non Liqueur: The Westminster Online Working Papers Series, Law and the Senses Series: The Taste Issue, 2013, 3-10.
- RABENHORST, Eduardo. Passagens dos Direitos: Breve Nota sobre a Circulação de Ideias Jurídicas. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Catarina del (coord.). **Filosofia do Direito**. Livro I. Curitiba: Jururá, 2014, p.
- RECTOR, M. Problemas e Tendências da Semiótica. **Revista Brasileira de Linguística**, Rio de Janeiro: UFRJ, 1994.
- REVEL, Jean-François. **Un Festin en Roles – la Sensibilité Gastronomique de l'Antiquité a nos Jours**. Paris: Talandier, 2007.
- RIGOTTI, Francesca. **La gula: Pasión por la voracidad**. Madrid: Machado, 2014.
- _____. **La Filosofia in Cucina: Piccola Critica della Ragion Culinária**. Bologna: Il Mulino, 2012.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A Dimensão Cultural do Direito Fundamental à Alimentação**. Birigui: Boreal, 2013.
- SONTAG, Susan. **Against Interpretation and Other Essays**. New York: Picador, 1990.
- WARAT, L. A. **O Direito e sua Linguagem**. (com a colaboração de Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

ORIZZONTI

Il lavoro a tempo parziale nel D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitaria

SOMMARIO: 1. Il contributo comunitario nella disciplina della materia - 2. La riforma introdotta dal D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81 - 3. Nozione, forma e contenuto del contratto a tempo parziale - 4. Flessibilità dell'orario di lavoro e "nuove" clausole elastiche - 5. Trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, ritrasformazione e diritto di precedenza - 6. Riflessioni conclusive.

1. Il contributo comunitario nella disciplina della materia

Il lavoro a tempo parziale, assicurando la possibilità di operare una legittima articolazione e variabilità delle modalità temporali della prestazione lavorativa, rappresenta un significativo strumento di intervento per incrementare l'occupazione, conciliare i tempi di vita e di lavoro e modulare i flussi di attività produttiva in base alle esigenze del mercato e all'organizzazione del lavoro¹.

Al fine di realizzare i predetti obiettivi e in attuazione di quanto pre-

¹ Sull'istituto, in generale, si v. M. N. BETTINI, *Il part time come strumento di flessibilità funzionale e garanzia occupazionale*, in "Annali" del Dipartimento Giuridico dell'Università degli Studi del Molise, n.15/2013, Campobasso, 2014, p. 7 ss.; M. N. BETTINI, V. BOTTINO, *Il rapporto di lavoro a tempo parziale (Parte prima)*; F. DURVAL, F. GIROLAMI, *Il rapporto di lavoro a tempo parziale (Parte seconda)*, in "Lavoro e previdenza oggi", 2007, p. 443 ss.; A. BOSCATI, S. FERRARIO, *Il lavoro a tempo parziale*, in AA. VV., *Diritto del lavoro dell'unione europea*, a cura di F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, Torino, Utet, 2010, p. 537 ss.; M. BROLLO, *Part-time e lavoro intermittente alla prova dei numeri*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2014, n. 6, p. 1245 ss.; L. CALAFÀ *Il contratto di lavoro a tempo parziale*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, Padova, Cedam, 2012, p. 1196 ss.; V. FERRANTE, *Lavoro a tempo parziale* [voce aggiornata - 2008], in "Enciclopedia giuridica Treccani", Roma, vol. XVII; P. PASSALACQUA, *L'assetto del lavoro a tempo parziale a seguito degli ultimi interventi del legislatore*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2010, fasc. I, p. 551 ss.; P. PIZZUTI, *La nuova disciplina del lavoro part-time*, in AA.VV., *Mercato del lavoro e prestazione lavorativa*, a cura di M. N. BETTINI, Edizioni Università degli Studi del Molise, Campobasso, 2001, p. 501; P. RAUSEL, *Part-time: nuove opportunità*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2015, n. 3, p. 125 ss.; F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro, II, Il contratti di lavoro, Il rapporto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 52 ss.; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2012, p. 798 ss.; ID., *ibidem*, 2015, p. 799 ss.

visto dall'art. 1, co. 7² della Legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (c.d. *Jobs Act*), il Legislatore ha novellato la disciplina dell'istituto con il D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81³, ed ha, inoltre, realizzato, rispetto alle precedenti regolamentazioni della materia⁴, una più "completa" uniformazione della disciplina nazionale rispetto quella europea⁵, traslando i principi rei-

² Il quale delega il Governo ad emanare un decreto volto a "riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo".

³ Recante la "Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni".

⁴ Il lavoro a tempo parziale è stato inizialmente disciplinato, nel settore privato, dalle disposizioni previste dall'art. 5 della L. 19 dicembre 1984, n. 863, nonché da disposizioni specifiche per il lavoro pubblico (art. 36, co. 2, D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'art. 4, L. 9 marzo 2006, n. 80, di conversione del D. L. 10 gennaio 2006, n. 4, dall'art. 3, co. 101, L. 24 dicembre 2007, n. 244, dall'art. 49, L. 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del D.L. 25 giugno 2008, n. 112 e dall'art. 16, L. 4 novembre 2010, n. 183). Successivamente alla L. n. 863/1984, la Direttiva CE 15 dicembre 1987, n. 81, attuativa dell'accordo collettivo quadro a livello europeo 6 giugno 1997, per l'applicazione del *part time* aveva richiamato il principio di "non discriminazione" ed il principio del "*pro rata temporis*"; principi ai quali, peraltro, il nostro ordinamento si era già essenzialmente conformato, salvo la necessaria introduzione di alcuni obblighi d'informazione. In considerazione di ciò, la Corte Costituzionale (con sentenza 7 febbraio 2000, n. 45, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2000, p. 746) ha dichiarato inammissibile la richiesta di *referendum* abrogativo dell'art. 5, L. n. 863/1984. La legge dell'84 rimase in vigore fino al recepimento, nel nostro ordinamento, della Direttiva 97/81/CE da parte di due Decreti Legislativi, uno del 25 febbraio 2000 n. 61; e l'altro, di modifica del primo, del 23 febbraio 2001, n. 100, entrambi emanati sulla base dell'art. 2, co. 1, della Legge delega 5 febbraio 1999, n. 25. In seguito, al fine di aumentare ulteriormente la flessibilità e l'elasticità dell'istituto in esame, il D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ha modificato ed abrogato numerose disposizioni del D.Lgs. n. 61/2000. Ne è conseguita l'automatica caducazione delle clausole contrattuali collettive ed individuali incompatibili con la nuova disciplina o concluse sul presupposto della regolamentazione precedente (Min. Lav. Circ. 18 marzo 2004, n. 9). Successivamente, la materia è stata nuovamente riformata dalla L. 24 dicembre 2007, n. 247 (art. 1, co. 44), che ha reintrodotto alcuni vincoli; e dall'art. 22, co. 4, L. 12 novembre 2011, n. 183, che ha "resuscitato", nella formulazione originaria, l'art. 3, co. 7, D.Lgs. n. 61/2000, in tema di clausole elastiche e flessibili di ricorso al *part time*. Non di meno, la L. 28 giugno 2012, n. 92 (c. d. Riforma Fornero), al fine di "incentivare l'impiego virtuoso dell'istituto ostacolandone l'utilizzo quale copertura di utilizzi irregolari di lavoratori" e di "contrastare un esercizio distorto della facoltà riconosciuta al datore di lavoro di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa originariamente stabilita", ha aggiunto, con l'articolo 1, co. 20, due commi all'articolo 3 del D. Lgs. n. 61/2000, nuove disposizioni in materia di clausole elastiche e flessibili. Attualmente, la previgente disciplina è stata abrogata e sostituita integralmente da quanto disposto dagli artt. 4 e ss. del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

⁵ Per un'analisi dell'istituto in una prospettiva comunitaria, si v., S. CALIANDRO, *Il lavoro a tempo parziale nella prospettiva comunitaria*, in "Rivista giuridica di lavoro e previdenza sociale", 2007, I, p. 733; B. CARUSO, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2003, n. 17; M. CON-

teratamente affermati dalla Corte di Giustizia Europea e previsti dalla Direttiva CE 15 dicembre 1997, n. 81⁶.

In particolare, per quanto riguarda il contributo della Corte di Giustizia alla regolamentazione del lavoro a tempo parziale, sono significative le pronunce succedutesi dal 1970 fino ai primi anni '90 sulla compatibilità di talune norme degli ordinamenti interni degli Stati membri in tema di rapporti di lavoro ad orario ridotto (principalmente) con il principio di parità di trattamento fra uomini e donne in materia retributiva⁷, disciplinato dall'art. 119 del Trattato CE (ora art. 157 del TFUE)⁸ e dalla Direttiva 75/117/CEE⁹.

SENTINO, *Il lavoro a tempo parziale*, in AA. VV. *Manuale del diritto europeo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. ZACCARDI, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 277 ss.; M. DELFINO, *Il lavoro part time nella prospettiva comunitaria. Studi sul principio volontaristico*, Napoli, Jovene, 2008; M. S. LODOVICI, R. SEMENZA, *Il lavoro part-time. Anomalie del caso italiano nel quadro europeo*, Milano, F. Angeli, 2004; S. GIUBBONI, S. SCIARRA, *La regolamentazione del part-time in Europa*, in "Diritto di lavoro e relazioni industriali", 2000, p. 547.

⁶ La Direttiva è stata pubblicata in GUCE n. L 014 del 20 gennaio 1998, e poi modificata dalla Direttiva 7 aprile 1998, n. 98/23/CE, per estenderne l'applicazione anche al Regno Unito.

⁷ Sul tema si v. F. SAVINO, *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in "Lavoro e diritto", 2004, p. 571 ss.

⁸ Ai sensi dell'art. 157 del Trattato sul *Funzionamento dell'Unione Europea*, 26 ottobre 2012, n. C 326: "1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura;

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro.

3. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

4. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali."

⁹ Direttiva 10 febbraio 1975, n. 75/117/CEE "per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile".

Tali decisioni, pur vertendo in tema di discriminazione indiretta¹⁰, possono essere considerate fondamentali nella regolamentazione del *part-time*, in quanto hanno indotto gli ordinamenti interni al riconoscimento di pari diritti ai lavoratori a tempo parziale rispetto ai prestatori a tempo pieno sia in materia retributiva che in relazione ad ambiti completamente diversi¹¹.

La prima pronuncia da analizzare è la sentenza *Jenkins*¹² del 1981 che riguarda una lavoratrice del Regno Unito, impiegata ad orario ridotto, con una retribuzione oraria inferiore rispetto a quella percepita da un lavoratore di sesso maschile, adibito a tempo pieno alla medesima attività lavorativa della prestatrice *part-time*.

La questione è stata rimessa alla Corte europea in ragione del supposto contrasto con le norme comunitarie in tema di parità di trattamento retributivo. Nello specifico, il giudice *a quo* aveva chiesto alla Corte se costituisse una discriminazione vietata dall'art. 119 del Trattato CE un trattamento retributivo differenziato per il lavoro prestato a tempo parziale rispetto a quello per lo stesso lavoro svolto a tempo pieno, quando il personale che prestava servizio ad orario ridotto fosse formato esclusivamente o prevalentemente da dipendenti di sesso femminile.

Secondo la Corte comunitaria, la disposizione contenuta nel Trattato è finalizzata a garantire l'applicazione del principio di parità retributiva tra i lavoratori di sesso maschile e femminile per lo stesso lavoro, vietando le disparità di trattamento fondate sulle differenze di sesso dei lavoratori nel loro complesso. Pertanto, se il lavoro ad orario ridotto viene retribuito con una paga inferiore rispetto a quello a tempo pieno, ciò non rappresenta una discriminazione di per sé vietata dall'art. 119, in quanto la differenza retributiva è dovuta «a fattori obiettivamente giu-

¹⁰ Il Legislatore ha fornito, per la prima volta, una definizione compiuta di discriminazione indiretta con l'art. 4, co. 2 della Legge 10 aprile 1991, n. 125 (modificata dal D. Lgs. 23 maggio 2000, n. 196 e dal D. Lgs. 30 maggio 2005, n. 145, in attuazione della Direttiva n. 2002/73/CE, e ora trasfusa nel Decreto Legislativo 11 aprile 2006, n. 198), secondo cui: "costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa". In argomento, si v. C. BAGLIONI, *Discriminazioni indirette e scelte di politica sociale: si consolida l'orientamento della corte di giustizia europea*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2004, p. 62; C. COMINATO, *Il requisito essenziale nella discriminazione indiretta*, in "Rivista giuridica di lavoro e previdenza sociale", 2008, II, p. 825; L. CORAZZA, *Discriminazioni indirette e cause di giustificazione: ancora una puntualizzazione della Corte di giustizia*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2000, p. 367 ss.

¹¹ v. M. DELFINO, *op. cit.*, p. 33.

¹² Corte Giust. CE, 31 marzo 1981, causa C-96/80, *Jenkins c. Kingsgate*, in "Raccolta di giurisprudenza della Corte di giustizia", 1981, p. 925.

stificati ed estranei a qualsiasi discriminazione a motivo di sesso». Ciò può verificarsi quando il datore di lavoro, «per motivi economici obiettivamente giustificati, ad incentivare il lavoro a tempo pieno, indipendentemente dal sesso del lavoratore», eroga una retribuzione inferiore a quella prevista per il tempo pieno¹³. Di contro, la differenza di retribuzione fra lavoratori a tempo pieno e lavoratrici *part-time* costituisce una discriminazione (ai sensi dell'art. 119) laddove «si tratta in realtà di un mezzo indiretto per ridurre il livello di retribuzione dei lavoratori...in ragione del fatto che questo gruppo di dipendenti è composto esclusivamente o prevalentemente da persone di sesso femminile».

Un' ulteriore pronuncia meritevole di considerazione è la sentenza *Bilka*¹⁴ del 1986 concernente una lavoratrice *part-time* di un'azienda tedesca cui non era stata concessa la pensione «aziendale» in quanto aveva svolto la prestazione ad orario ridotto. In particolare, nell'impresa in cui lavorava la *part-timer*, era stato istituito un regime per l'erogazione della pensione complementare, al quale i lavoratori a tempo parziale potevano accedere solo se avessero lavorato per un numero determinato di anni a tempo pieno.

La lavoratrice riteneva che l'esclusione dal regime pensionistico fosse chiaramente illegittima in quanto contrastante con il principio di parità retributiva tra i sessi. In particolare, deduceva che il requisito del periodo minimo di lavoro a tempo pieno per l'attribuzione della pensione aziendale pregiudicasse le donne, le quali, per far fronte alle esigenze di cure familiari, erano più facilmente indotte a scegliere il lavoro ad orario ridotto di quanto non facessero i loro colleghi uomini.

L'azienda, al contrario, sosteneva che «la decisione di escludere i dipendenti ad orario ridotto dal regime delle pensioni aziendali era fondata su motivi economici obiettivamente giustificati», per cui non vi sarebbe stata alcuna violazione del principio di parità di trattamento.¹⁵

¹³ Tale statuizione testimonia l'orientamento della giurisprudenza comunitaria in merito alla questione lavoro flessibile/lavoro *standard*, teso ad incentivare i lavoratori a concludere rapporti di lavoro a tempo pieno, anche attraverso la previsione di un trattamento economico orario migliore rispetto a quello spettante ai *part-timers*. Si v. in merito, a titolo esemplificativo, Corte Giust. CE, 11 settembre 2003, causa C-77/02, *Steinicke c. Brundesanstalt für Arbeit*, in "Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia", 2003, p. 9027.

¹⁴ Corte Giust. CE, 13 maggio 1986, causa C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber*, in "Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia", 1986, p. 1619.

¹⁵ Secondo l'azienda i lavoratori ad orario ridotto si rifiutavano, normalmente, di lavorare nel tardo pomeriggio e di sabato. Per cui era necessario, al fine di garantire la presenza di un numero sufficiente di lavoratori durante dette fasce di orario, rendere il lavoro a tempo pieno più attraente del lavoro ad orario ridotto, limitando ai soli lavoratori a tempo pieno l'ammissione al regime pensionistico aziendale.

La Corte di giustizia, a cui è rimessa la controversia, dopo aver accertato l'applicabilità al caso di specie dell'art. 119, ha ritenuto che l'esclusione dei dipendenti ad orario ridotto dai benefici pensionistici aziendali viola la norma comunitaria, qualora detta esclusione colpisca un numero molto più elevato di donne che di uomini, a meno che l'impresa non provi che detta esclusione è basata su fattori, oltre che obiettivamente giustificati, anche estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso.

Col caso *Rinner-Kühn*¹⁶, invece, viene posta al vaglio della Corte comunitaria una legge tedesca sulla salvaguardia della retribuzione¹⁷, secondo cui il datore di lavoro doveva continuare a corrispondere la stessa (per un massimo di sei settimane) anche quando il prestatore, a causa di inabilità al lavoro e senza sua colpa, si trovasse nell'impossibilità di lavorare¹⁸. Da tale previsione erano, però, esclusi i lavoratori ad orario ridotto che non superavano le dieci ore settimanali o le quaranta mensili¹⁹, con la conseguenza che i datori di lavoro potevano stabilire una differenza retributiva tra due categorie di lavoratori: quelli che effettuavano un minimo di ore alla settimana o al mese, e quelli che non svolgevano questo minimo di ore, pur prestando la stessa attività lavorativa.

In relazione a tale norma, il giudice nazionale aveva sollevato la questione di compatibilità sia con l'art. 119 del Trattato che con la Direttiva 75/117/CE, tenendo conto che la percentuale delle lavoratrici lese dalla legge era notevolmente superiore a quella dei lavoratori di sesso maschile.

Come già si è osservato nelle sentenze precedenti, al fine di evitare che si verifichi una discriminazione per ragioni di sesso è necessario dimostrare che la differenza di trattamento è giustificata da altri fattori oggettivi. Partendo da tale premessa, la sentenza in esame afferma, con una portata innovativa, che «se lo Stato membro è in grado di provare che i mezzi scelti rispondono ad uno scopo necessario per la sua politica sociale, sono idonei a raggiungere lo scopo da questa perseguito e sono necessari a tal fine, la semplice circostanza che una disposizione di legge colpisca un numero molto maggiore di lavoratrici che lavoratori non

¹⁶ Corte Giust. CE, 13 luglio 1989, causa C-171/88, *Rinner-Kühn c. Fww Spezial-Gebäudereinigung*, in "Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia", 1989, p. 2743.

¹⁷ La *Lohnfortzahlungsgesetz* del 27 luglio 1969.

¹⁸ La questione era stata sollevata nel contesto di una lite fra la sig.ra *Rinner-Kühn* ed il suo datore di lavoro, per il motivo che questi si era rifiutato di continuare a versarle la retribuzione durante l'assenza per malattia.

¹⁹ A norma di tale legge e per il fatto che la *Rinner-Kühn* lavora normalmente dieci ore la settimana, il datore di lavoro si è rifiutato di versarle la retribuzione per un periodo di otto ore corrispondenti all'assenza per malattia.

può essere considerata una trasgressione dell'art. 119».

Da ciò deriva che il principio di non discriminazione in materia salariale non si applica, qualora la diversità di trattamento sia necessaria al perseguimento di obiettivi di politica sociale²⁰.

Nel medesimo solco, si colloca la sentenza *Ruzin-Wilbrink*²¹, con cui i giudici di Lussemburgo si sono occupati della compatibilità di una norma olandese in materia di trattamenti previdenziali²². La disposizione in esame riguardava la concessione di un trattamento per inabilità riservato solo a quei lavoratori assicurati che avessero percepito redditi superiori al 15% della retribuzione minima. L'importo dell'assegno di inabilità veniva calcolato applicando una percentuale (tenendo conto del grado di inabilità) ad una base di calcolo, corrispondente ad una retribuzione minima giornaliera. Ciò nonostante, tale base di calcolo non era applicata se, nel corso dell'anno precedente all'inabilità, il prestatore non avesse svolto un lavoro di una durata ritenuta normale per il suo settore professionale, percependo, quindi, un reddito inferiore ad un determinato importo. Da ciò discendeva che i lavoratori *part-time* non avrebbero avuto diritto a percepire un'indennità che corrispondesse ad un minimo sociale ed il cui importo fosse indipendente dai redditi da lavoro percepiti in precedenza.

Per i motivi su esposti, è stata sottoposta alla Corte la questione della compatibilità della normativa in esame con l'art. 4, n. 1²³, della Direttiva 79/7/CE²⁴, che sancisce l'immediata applicabilità del principio di pa-

²⁰ In merito, si v. l'orientamento analogo delle sentenze della Corte Giust. CE, 9 settembre 1999, causa C-281/97, *Andrea Krüger c. Kreiskrankenhaus Ebersberg*, in "Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia", 1999, I, 5127 ss. e 11 settembre 2003, causa C-77/02, *Steinicke c. Brundesanstalt für Arbeit*, in "Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia", 2003, p. 9027.

²¹ Corte Giust. CE, 13 dicembre 1989, causa, C-102/88, *Ruzin-Wilbrink c. Bestuur van der Bedrijfsveriging voor Overheidsdiensten*, in "Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia", 1989, p. 4311.

²² L'art. 6 della legge olandese 11 dicembre 1975, (*Algemene Arbeidsongeschiktheidswet*) che istituisce un regime generale di assicurazione contro l'inabilità al lavoro.

²³ Ai sensi dell'art. 4, n. 1, della Direttiva 19 dicembre 1978, n. 79/7/CE: "1. Il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione direttamente o indirettamente fondata sul sesso, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia, specificamente per quanto riguarda :

- il campo di applicazione dei regimi e le condizioni di ammissione ad essi,
- l'obbligo di versare i contributi e il calcolo degli stessi,
- il calcolo delle prestazioni, comprese le maggiorazioni da corrispondere per il coniuge e per le persone a carico, nonché le condizioni relative alla durata e al mantenimento del diritto alle prestazioni."

²⁴ "Relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale".

rità di trattamento, con conseguente divieto di discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso, anche per quanto riguarda il calcolo delle prestazioni²⁵.

Unico esimente alla violazione del principio di non discriminazione è rappresentata da una giustificazione oggettiva diversa dal sesso. A parere della Corte di Giustizia, l'unica ragione valida per giustificare la differenza di retribuzione tra i prestatori che hanno lavorato ad orario ridotto, prima del sopravvenire della loro inabilità, e gli altri beneficiari, consiste nel fatto che «sarebbe ingiusto concedere loro un assegno superiore al reddito precedentemente riscosso» e «non può costituire una giustificazione obiettiva di tale disparità di trattamento, in quanto, in un buon numero di altri casi, l'importo dell'assegno concesso a titolo dell'AAW» (legge generale sull'inabilità al lavoro) «è superiore a tale reddito.»

La legislazione olandese, quindi, è in contrasto con la normativa comunitaria presa in considerazione.

La Corte comunitaria è poi stata chiamata a pronunciarsi, nel caso *Nimz*²⁶, circa il rispetto del principio di parità di trattamento retributivo, previsto dall'art. 119 Tratt. e dalla Dir. 75/117/CE, da parte delle disposizioni di un contratto collettivo del settore pubblico tedesco²⁷. In particolare la fonte collettiva prevedeva che, affinché i prestatori potessero passare ad un livello retributivo più elevato, si dovesse tener conto per intero dell'anzianità di servizio, per i lavoratori che prestavano la loro attività per almeno i tre quarti dell'orario di lavoro normale; solo per la metà, invece, per i *part-timers* che lavoravano per un numero di ore compreso tra la metà e i tre quarti dell'orario normale²⁸.

Alla Corte di giustizia veniva chiesto, cioè, se la previsione di un differente periodo di tempo, in base al quale calcolare l'anzianità di servizio, per i lavoratori a tempo pieno e quelli a *part-time*, fosse da considerarsi una discriminazione indiretta per ragioni sessuali, dato l'eleva-

²⁵ La questione era stata sollevata nell'ambito di una controversia che opponeva la sig.ra *Ruzius-Wilbrink* alla direzione dell'associazione professionale dei servizi pubblici, relativamente al calcolo dell'importo dell'assegno per inabilità al lavoro concesso alla prima dal secondo.

²⁶ Corte Giust. CE, 7 febbraio 1991, causa C-184/89, *Helga Nimz c. Freie und Hansestadt di Amburgo*, in "Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia", 1991, p. I-297.

²⁷ Il "*Bundesangestelltentarifvertrag*".

²⁸ In base a tale disposizione e in considerazione del fatto che la sig.ra *Nimz* presta servizio per meno dei tre quarti dell'orario normale, il datore di lavoro le negava il passaggio al livello retributivo superiore, ossia il livello IV b, categoria 2, del *Bundesangestelltentarifvertrag*, dopo sei anni di servizio prestato nel livello V b, categoria 1 A.

to numero di donne tedesche che lavoravano a tempo parziale nella pubblica amministrazione.

Di fronte a tale questione, il giudice nazionale *a quo* prospettava alla Corte di Lussemburgo l'alternativa di astenersi dal prendere una decisione in merito, così da lasciare campo libero all'autonomia collettiva.

La Corte europea – dopo aver accertato che «il divieto di discriminazione fra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile riguarda non solo le pubbliche autorità, ma... tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato come pure... i contratti fra i singoli» e verificato, anche nel caso *de quo*, l'esistenza di una discriminazione sessuale – afferma che il giudice nazionale può senza dubbio disapplicare una norma del diritto interno configgente con l'ordinamento comunitario, anche se la stessa sia contenuta in un contratto collettivo.

Viene ribadita in tal modo, l'ampia portata del diritto comunitario, immediatamente applicabile anche nei confronti dell'autonomia collettiva. Da ciò deriva che, in materia di lavoro a tempo parziale, anche le parti sociali nazionali devono attenersi ai principi dell'ordinamento comunitario, essendo vietato aggirarli con una regolamentazione contrattuale e non legislativa²⁹.

In definitiva, dall'analisi di tali pronunce, emerge chiaramente il ruolo prodromico della giurisprudenza comunitaria verso una disciplina europea del lavoro a tempo parziale. Difatti, le decisioni in esame hanno garantito, da un lato, ai lavoratori *part-time* gli stessi diritti (principalmente di natura retributiva o previdenziale) riconosciuti ai lavoratori a tempo pieno; e, dall'altro, hanno individuato alcuni aspetti cruciali, come la centralità del principio di non discriminazione, che caratterizzeranno la successiva disciplina comunitaria dell'istituto³⁰.

Invero, solo nel 1997 si è giunti ad un intervento normativo “forte”³¹

²⁹ Sul punto v. M. DELFINO, *op. cit.*, p. 43.

³⁰ v. M. DELFINO, *op. cit.*, p. 33.

³¹ A ben vedere l'Unione aveva cercato di disciplinare i lavori flessibili, compreso quindi anche il *part-time*, già prima del 1997. Di fatti i primi tentativi legislativi risalivano all'inizio degli anni '80, quando la Comunità aveva tentato di far approvare le direttive in materia di “lavoro a tempo parziale” e di “lavoro temporaneo” (presentate rispettivamente il 4 gennaio 1982 e il 20 aprile 1982), ma i tempi non erano ancora maturi e le proposte non superarono il vaglio del Consiglio. Ciò nonostante, data l'ampia diffusione di tali tipologie contrattuali nel mercato del lavoro, la Comunità europea non abbandonò l'idea di una regolamentazione della materia e, nella stesura della Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989, introdusse due riferimenti ai lavori flessibili. Il primo, contenuto nell'art. 5, riguardava la retribuzione “equa” di cui devono beneficiare i “lavoratori soggetti ad una regolamentazione del lavoro diversa dal con-

dell'Unione europea con la Direttiva 97/81/CE, attuativa dell'accordo collettivo quadro del 6 giugno 1997 sul lavoro a tempo parziale, concluso dai sindacati europei UNICE, CEEP e CES³².

Nello specifico, l'accordo-quadro si propone l'obiettivo: "di assicurare la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tem-

tratto a tempo pieno e di durata indeterminata"; il secondo, previsto dall'art. 7, invece, ateneva la stretta connessione dei lavori "atipici" con le vicende del mercato, la cui attuazione doveva associarsi ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei prestatori operanti nella Comunità. La Commissione europea, al fine di attuare quanto previsto dalla Carta del 1989 e di armonizzare le diverse regolamentazioni nazionali della materia, aveva presentato nel giugno del 1990 tre proposte di direttive: 1) "Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a determinati rapporti di lavoro per quanto riguarda le condizioni di lavoro"; 2) "Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a determinati rapporti di lavoro per quanto riguarda le distorsioni della concorrenza"; 3) "Proposta di Direttiva del Consiglio che completa le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori". (Sul tali proposte, si v. G. ARRIGO, *Comunità europea: tre proposte sui contratti «atipici»*, in "Lavoro informazione", 1990, n. 15/16, p. 3; M. BIAGI, *Importanti proposte al vaglio della Cee*, in "Diritto e pratica del lavoro", 1990, n. 48 (inserto), p. 3; M. ROCCELLA, G. CIVALE, D. IZZI, *Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 749 ss.; R. ROMEL, *Rapporti di lavori atipici*, in AA. VV., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, a cura di A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA, Milano, Monduzzi, 1996, p. 445 e F. SANTONI, *Il lavoro atipico nelle Direttive CEE: gli effetti sulle relazioni industriali in Italia*, in "Diritto delle relazioni industriali", 1991, n. 2, p. 59.)

Nonostante, però, la portata innovativa delle direttive, caratterizzate da una regolamentazione "trasversale", queste non furono approvate per ragioni di non poco conto. Innanzi tutto era errata la tecnica legislativa adoperata. Difatti la stessa si concretizzava in un'elencazione limitata di diritti da riconoscere ai lavoratori a tempo parziale, quali: la formazione professionale predisposta dalle imprese, benefici previdenziali, ferie, indennità di anzianità e di licenziamento rapportata alla durata complessiva della prestazione. Ciò comportava, in realtà, una regolamentazione incompleta delle fattispecie, in quanto i singoli Stati si sarebbero dovuti ovviamente adeguare alla normativa comunitaria, riconoscendo, però, ai lavoratori *part-time* o temporanei solo i diritti previsti dalle proposte di direttive. In secondo luogo, attraverso l'attuazione di tali provvedimenti, non poteva realizzarsi un'armonizzazione delle diverse regolamentazioni esistenti nei Paesi CE poiché, le direttive altro non erano che un riconoscimento ai *part-timers* di alcune delle garanzie di cui godevano i lavoratori a tempo pieno, già previste dai singoli ordinamenti nazionali. Ma la lacuna più grave era senza dubbio la mancanza di una norma che sancisse il principio di parità retributiva tra i lavoratori *full-timers* ed i lavoratori a tempo parziale, andando, in tal modo, in controtendenza a quanto previsto dall'art. 5 della Carta dei diritti sociali fondamentali. In merito cfr. Cfr. M. DELFINO, *op. cit.*, p. 28 e R. PESSI, *I rapporti di lavoro c. d. atipici tra autonomia e subordinazione nella prospettiva dell'integrazione europea*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1992, . I, p. 132.

³² Circa le prime osservazioni della dottrina in merito alla Direttiva 97/81/CE, si v., fra i tanti, G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, II, Milano, Giuffrè, 2001, p. 275 ss.; R. FOGLIA, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, Cedam, 2000, p. 330 ss.; P. MAGNO, *La tutela del lavoro nel diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2000, p. 135 ss.; F. P. ROSSI, *Nozioni di diritto europeo del lavoro*, Padova, Cedam, 2000, p. 203 ss.

po parziale e di migliorare la qualità del lavoro a tempo parziale;" e "di facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e di contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori"³³. A tal fine, l'accordo invita gli Stati membri e le parti sociali ad identificare ed esaminare gli ostacoli di natura giuridica ed amministrativa suscettibili di limitare le opportunità di lavoro *part-time* e, nel caso, di eliminarli³⁴.

A ben vedere, il perno attorno cui ruota l'intera regolamentazione comunitaria è costituito dal principio di non discriminazione³⁵, inserito nel testo dell'accordo al fine di contribuire alla promozione dell'occupazione, ma soprattutto al miglioramento delle pari opportunità fra uomini e donne, data la grande diffusione del lavoro a tempo parziale fra le lavoratrici.

Dalla formulazione della norma, secondo cui "i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili", emerge che il principio in questione può essere inteso sia come divieto di discriminazione³⁶, che come

³³ In base alla clausola 1 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale.

³⁴ Secondo la clausola 5, lett. a) e lett. b) dell'accordo *cit.*

³⁵ Secondo la clausola 4 dell'accordo *cit.*: "1. Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive.

2. Dove opportuno, si applica il principio "*pro rata temporis*".

3. Le modalità di applicazione della presente clausola sono definite dagli Stati membri e/o dalle parti sociali, tenuto conto della legislazione europea e delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali.

4. Quando ragioni obiettive lo giustificano, gli Stati membri, dopo aver consultato le parti sociali conformemente alla legge, ai contratti collettivi o alle prassi nazionali, e/o le parti sociali possono, se del caso, subordinare l'accesso a condizioni di impiego particolari ad un periodo di anzianità, ad una durata del lavoro o a condizioni salariali. I criteri di accesso dei lavoratori a tempo parziale a condizioni di impiego particolari dovrebbero essere riesaminati periodicamente tenendo conto del principio di non-discriminazione previsto alla clausola 4.1." In merito si v. anche Corte Giust. UE (Grande Sezione), 12 ottobre 2004, causa C-313/02, *Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2005, p. 176, con nota di L. CORAZZA, secondo cui il divieto di discriminazione sancito da tale disposizione altro non è che l'espressione specifica del principio generale di uguaglianza, che rappresenta uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione.

³⁶ Il divieto di discriminazione trova il suo fondamento nell'art. 3 della Costituzione, di cui rappresenta una specifica applicazione, e nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nello specifico, con il termine "discriminazione" si identifica un trattamento non paritario attuato nei confronti di un individuo o un gruppo di individui in virtù della loro appartenenza ad una particolare categoria. Trasposto nel

regola di parità di trattamento³⁷. Ad ogni modo, la scelta su come intendere la regola su menzionata ricade sui Legislatori nazionali³⁸.

La non discriminazione, o parità di trattamento, tuttavia, non ha una portata assoluta ed inderogabile. Difatti, oltre ad essere temperata dal principio del *pro rata temporis*, può essere derogata da “ragioni obiettive”³⁹ individuate dagli Stati membri, che rendono inopportuno il riconoscimento dello stesso trattamento dei lavoratori a tempo pieno ai lavoratori a tempo parziale.

In relazione, però, alle tipologie di “ragioni obiettive”, il Legislatore comunitario non dà alcuna indicazione, con la conseguenza che una loro interpretazione ampia può sminuire il significato della normativa nel suo complesso⁴⁰.

La Corte di Giustizia UE ha poi rivolto un preciso monito al Legi-

diritto del lavoro, il principio di non discriminazione si traduce in un espresso divieto di porre in essere, nei luoghi di lavoro, comportamenti discriminatori volti ad applicare a singoli lavoratori, o gruppi di essi, condizioni di lavoro diverse, in ragione delle caratteristiche degli stessi. Sul tema v. A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in AA. VV. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, Cedam, 2010, p. 89 ss.; L. LAZZERONI, *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione – Linguaggi e percorsi normativi*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 93 ss.

³⁷ La dottrina si è interrogata a lungo circa l'esistenza o meno nel nostro ordinamento di un principio di parità di trattamento tra i lavoratori, di un obbligo cioè, per il datore di lavoro, di riconoscere, a parità di qualifica e di mansioni, lo stesso trattamento economico e normativo ai lavoratori non caratterizzati da fattori differenziali protetti. A ben vedere, però, l'opinione maggioritaria è che nel nostro ordinamento non sono ravvisabili norme che stabiliscono un obbligo generale di parità di trattamento tra i lavoratori. In tale linea, si v. S. FOFFANO, N. PACE, *Le discriminazioni retributive: un approccio giuridico ed economico*, in “Lavoro e diritto”, 2011, p. 669; L. LAZZERONI, *op. cit.*, p. 232 ss., che fa salve le fattispecie già regolate con appositi divieti di discriminazione; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2015, p. 316 ss., secondo cui la tutela antidiscriminatoria non può essere confusa con un inesistente principio generale di parità di trattamento.

³⁸ Sull'argomento, cfr. S. BORELLI, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2007; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2001; M. GRAZINI, *Parità di trattamento: principio generale?*, in “Nuova giurisprudenza civile commentata”, 2005, I, p. 910; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro - Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005; R. SANTUCCI, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e nazionalità organizzative*, Torino, Giappichelli, 1997; M. TREMOLADA, *Autonomia privata e parità di trattamento fra lavoratori*, Padova, Cedam, 2000.

³⁹ Tale previsione ripropone quanto già statuito dall'art. 119 del Trattato CE e testimonia il recepimento, da parte del Legislatore comunitario, degli orientamenti giurisprudenziali precedenti all'emanazione della Direttiva.

⁴⁰ In merito, è dunque auspicabile una previsione del Legislatore in base alla quale interpretare tali ragioni. Sul punto Cfr. M. DELFINO, *op. cit.*, p.113 e 114.

slatore italiano «al fine di rimuovere gli ostacoli di natura giuridica che limitano l'accesso al *part-time*»⁴¹.

In particolare, la Corte, per i lavoratori con un contratto a tempo parziale verticale ciclico, ha ritenuto che l'esclusione «delle settimane non lavorate dal calcolo dell'anzianità contributiva utile per acquisire il diritto alla pensione», rispetto ai lavoratori con contratto *part-time* orizzontale o a tempo pieno, è contraria, non solo al principio di non discriminazione (clausola 4 dell'accordo quadro), ma anche ad una promozione del *part-time* su base volontaria (clausole 1 e 5, n. 1 dell'accordo stesso), in quanto, tale esclusione costituisce «per i lavoratori un'importante remora alla scelta del lavoro a tempo parziale di tipo verticale ciclico».

2. La riforma introdotta dal D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81

Il Legislatore italiano non si è limitato ad attuare la direttiva comunitaria sul lavoro a tempo parziale, ma è andato oltre, delineando, a partire dal primo recepimento avvenuto nel 2000 (v. nota 4), una regolamentazione più compiuta ed organica. Ciò nonostante, il D. Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, non ha pienamente recepito uno dei principi ispiratore della Direttiva del '97⁴², il cui scopo era quello di facilitare lo sviluppo del *part-time* su base volontaria e di contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in un'ottica di valorizzazione delle esigenze imprenditoriali e dei lavoratori⁴³.

Sulla scorta delle indicazioni provenienti sia dalla Direttiva comunitaria che dalle numerose pronunce della Corte di Giustizia UE, il Legislatore italiano ha avviato, con il D. Lgs. n. 81/2015 (in particolare con

⁴¹ In merito, si v. Corte Giust. UE 10 giugno 2010, nei procedimenti riuniti C-395/08 e C-396/08, *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c. Bruno e Pettini* (C-395/08), *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c. Lotti e Matteucci* (C-396/08), in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2011, II, , p. 536, con nota di A. PREMOLI, *Principio di non discriminazione e anzianità contributiva del lavoratore a tempo parziale di tipo verticale*.

⁴² Si v. E. MASSI, *Il lavoro a tempo parziale dopo la riforma*, in "Dottrina per il lavoro Modena", 6 luglio 2015.

⁴³ Sull'interpretazione di tale principio sono fondamentali due pronunce della Corte di Giustizia CE: la sentenza *Pfeiffer* [Corte Giust. UE (Grande Sezione) 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-402/01: *Bernhard Pfeiffer* (C-397/01), *Wilhelm Roith* (C-398/01), *Albert Sijß* (C-399/01), *Michael Winter* (C-400/01), *Klaus Nestvogel* (C-401/01), *Roswitha Zeller* (C-402/01), *Matthias Döbele* (C-403/01) c. *Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e V*, in "Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia", 2004, I, p. 1 ss.] e la sentenza *Wippel*, cit.

gli artt. da 4 a 12), una profonda riforma dell'istituto del *part-time*⁴⁴, anche in una prospettiva di semplificazione⁴⁵ e di maggiore aderenza della normativa alle esigenze occupazionali e di vita del mondo lavorativo⁴⁶.

Sul tema della parità, la legge ha confermato il recepimento del principio-cardine di non discriminazione, secondo cui "*Il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento*". (art. 7, D. Lgs. n. 81/2015)⁴⁷.

⁴⁴ In tema di lavoro a tempo parziale dopo la riforma introdotta dal D. Lgs. n. 80/2015, si v. S. BELLOMO, *Il lavoro a tempo parziale tra semplificazione e unificazione*, in AA. VV., *Contratti e mansioni, il riordino dopo il D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, in "*Sole 24 Ore*", luglio 2015, n. 3, p. 25 ss.; G. FALASCA, *Si amplia l'area del lavoro a tempo indeterminato In un codice le regole per assumere: dal part-time all'apprendistato*, in "*Sole 24 Ore*", 2015, n. 25, p. 2; M. R. GHEIDDO, A. CASOTTI, *Disciplina organica dei contratti di lavoro*, in "*Diritto e pratica del lavoro*", 2015, n. 28, p. 1728 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavoro e dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 376 ss.; M. TIRABOSCHI, *Il part time dopo la pubblicazione del D. Lgs. n. 81/2015*, in "*Guida al lavoro*", 2015, n. 27, p. 13 ss.; ID., *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, in "*ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series*", 2015, n. 45, p. 9 ss.; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2015, p. 799 ss.; A. ZAMBELLI, *Nel part-time lavoro extra senza il consenso del lavoratore*, in "*Sole 24 Ore*", 2015, n. 25, p. 9 ss. Per un raffronto con il quadro normativo precedente, si v. S. BELLOMO, *Commento all'art. 46*, in AA. VV. *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO e G. SANTORO PASSARELLI, Padova, Cedam, 2007, p. 638 ss.

⁴⁵ Il fine principale del Legislatore delegato è chiaramente la semplificazione della disciplina del lavoro *part-time*, obiettivo ribadito sia dall'art. 1, co. 7, della Legge delega, che nella lett. a) dello stesso comma, in cui si tracciano le linee generali dell'intervento normativo sulle tipologie contrattuali.

⁴⁶ L'obiettivo, che emerge anch'esso dall'art 1, co. 7, della L. n. 183/2014, nasce anche dall'esigenza di colmare le discrasie occupazionali rispetto ad altri paesi dell'Unione. Difatti, la percentuale complessiva dei lavoratori *part-timers* in Italia, rilevata dall'ISTAT con riferimento al IV trimestre 2014 (18,6 %), è al di sotto del valore (19,5%) riscontrato dall'Eurostat con riferimento all'area UE-28 nel 2013. Da ciò discende la necessità di dare impulso a tale tipologia contrattuale flessibile attraverso lo "scioglimento" di alcune rigidità presenti nel precedente apparato normativo, potenzialmente dissuasive all'utilizzo di tale figura contrattuale. Sul punto, cfr. S. BELLOMO, *Il lavoro a tempo parziale tra semplificazione e unificazione*, op. cit., p. 25 e 26. In merito si v. anche le osservazioni precedenti all'emanazione del Decreto del 2015, condotte da M. N. BETTINI, *Il part time come strumento di flessibilità funzionale e garanzia occupazionale*, op. cit., p. 33 ss.

⁴⁷ Per l'art. 7. D. Lgs. n. 81/2015: "1. Il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento.

2. Il lavoratore a tempo parziale ha i medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno comparabile ed il suo trattamento economico e normativo e' riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa. I contratti collettivi possono modulare la durata del periodo di prova, del periodo di preavviso in caso di licenziamento o dimissioni e quella del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia ed infortunio in relazione all'articolazione dell'orario di lavoro."

Nondimeno, il Legislatore delegato, abrogando quanto previsto dal D. Lgs. n. 61/2000⁴⁸, ha sancito all'art. 12, co. 1, l'applicabilità delle disposizioni regolanti il *part-time* nel settore privato (ai sensi dell'art. 2, co. 2, D. Lgs. n. 165/2001), "*ove non diversamente disposto*", anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, salvo quanto previsto dagli artt. 6, commi 2 e 6 (riguardanti il lavoro supplementare e le clausole elastiche non disciplinate dalla contrattazione collettiva), e 10 (disciplinante l'apparato sanzionatorio), "*e, comunque, fermo restando quanto previsto da disposizioni speciali in materia*"⁴⁹.

Al fine di accompagnare il principio di parità di trattamento con quello di giustizia distributiva, il criterio della parità è stato affiancato a quello della proporzionalità (c. d. *pro rata temporis*), esteso ai trattamenti economici e normativi proporzionabili (art. 7, co. 2, primo periodo, D. Lgs. n. 81/2015), nonché alla disciplina previdenziale (art. 11, D. Lgs. n. 81/2015)⁵⁰.

⁴⁸ Con la nuova disciplina risulta, quindi, superata la questione se il D.Lgs. n. 276/2003, il quale, per espresso disposto legislativo, "non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni" (art. 1, co. 2), modificando, il D.Lgs. n. 61/2000, avesse inciso sulla disciplina del *part-time* solo nell'impiego privato o anche nell'impiego pubblico. In merito, il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, con la circolare n. 9 del 18 marzo 2004, condivisa in dottrina (v. In questa linea, M. BROLLO, *Il tramonto del diritto al part time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in "Lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2008, p. 499; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2012, p. 809), aveva affermato che tali disposizioni non trovavano applicazione nel settore pubblico, in base alla previsione già contenuta nella legge delega (art. 3, co. 1, L. n. 30/2003) e nell'art. 1, co. 2, D.Lgs. n. 276/2003. Da ciò, discendeva che, non si applicavano al lavoro a tempo parziale pubblico (oltre alle disposizioni elencate dall'art. 10, co.1, D.Lgs. n. 61/2000) le modifiche normative introdotte dal D.Lgs. n. 276/2003 agli artt.: 1, co. 4 - assunzione a termine con *part time* - ; 2, co. 1 - forma scritta del contratto; e 3 - lavoro supplementare, straordinario e clausole elastiche, del D. Lgs. n. 61/2000 (in tale linea, cfr. A. ALAIMO, *Diritto di variazione dell'orario e "clausole elastiche" nel part-time: al banco di prova nel settore pubblico le soluzioni applicate nel privato*, in "Lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2000, p. 114; Trib. Larino, ord. 9 settembre 1999, *ivi*, 1999, p. 101).

⁴⁹ V. artt. 1, co. 57-65, L. 23 dicembre 1996, n. 662; 39, L. 27 dicembre 1997, n. 449; 22, L. 23 dicembre 1998, n. 448; 20, L. 23 dicembre 1999, n. 488, che regolano alcuni specifici aspetti del *part time*, quali il campo di applicazione soggettivo (art. 1, co. 57, L. n. 662/1996), e la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale (art. 1, co. 58, L. n. 662/1996).

⁵⁰ Riprendendo le previsioni contenute nell'art. 9, D. Lgs. n. 61/2000 (abrogato), l'art. 11, D. Lgs. n. 81/2015 dispone che: "1. La retribuzione minima oraria, da assumere quale base per il calcolo dei contributi previdenziali dovuti per i lavoratori a tempo parziale, si determina rapportando alle giornate di lavoro settimanale ad orario normale il minimale giornaliero di cui all'articolo 7 del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, e dividendo l'importo così ottenuto per il numero delle ore di orario normale settimanale previsto dal contratto collettivo na-

La *ratio* del nuovo Decreto acquista particolare rilievo se si considerano, poi, le ulteriori previsioni alla luce dell'intento legislativo di agevolare, sia semplificando che curando il particolare aspetto della volontarietà (nell'accesso all'istituto) e dell'organizzazione del tempo parziale, le esigenze di qualità di vita individuali e familiari come pure le necessità aziendali.

È quanto emerge dalla particolare disciplina delle clausole elastiche e della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale e viceversa.

A ciò si aggiunge, la possibilità per i contratti collettivi di modulare, in relazione all'articolazione dell'orario di lavoro, oltre alla durata del periodo di prova e del periodo di comporto in caso di malattia del lavoratore, già disposte dalla precedente normativa⁵¹, anche la durata del preavviso, nei casi di licenziamento o dimissioni, e la durata della conservazione del posto di lavoro in caso di infortunio (art. 7, co. 2, terzo periodo, D. Lgs. n. 81/2015)⁵².

zionale di categoria per i lavoratori a tempo pieno.

2. Gli assegni per il nucleo familiare spettano ai lavoratori a tempo parziale per l'intera misura settimanale in presenza di una prestazione lavorativa settimanale di durata non inferiore al minimo di ventiquattro ore. A tal fine sono cumulate le ore prestate in diversi rapporti di lavoro. In caso contrario spettano tanti assegni giornalieri quante sono le giornate di lavoro effettivamente prestate, qualunque sia il numero delle ore lavorate nella giornata. Qualora non si possa individuare l'attività principale per gli effetti dell'articolo 20 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1955, n. 797, e successive modificazioni, gli assegni per il nucleo familiare sono corrisposti direttamente dall'INPS.

3. La retribuzione dei lavoratori a tempo parziale, a valere ai fini dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali è uguale alla retribuzione tabellare prevista dalla contrattazione collettiva per il corrispondente rapporto di lavoro a tempo pieno. La retribuzione tabellare è determinata su base oraria in relazione alla durata normale annua della prestazione di lavoro espressa in ore. La retribuzione minima oraria da assumere quale base di calcolo dei premi per l'assicurazione di cui al presente comma è stabilita con le modalità di cui al comma 1.

4. Nel caso di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale e viceversa, ai fini della determinazione dell'ammontare del trattamento di pensione si computa per intero l'anzianità relativa ai periodi di lavoro a tempo pieno e, in proporzione all'orario effettivamente svolto, l'anzianità inerente ai periodi di lavoro a tempo parziale."

⁵¹ Ai sensi dell'art 4, co. 2, D. Lgs. n. 81/2015.

⁵² La disposizione non riproduce la precedente disciplina secondo cui: "Resta ferma la facoltà per il contratto individuale di lavoro e per i contratti collettivi, di cui all'art. 1, comma 3, di prevedere che la corresponsione ai lavoratori a tempo parziale di emolumenti retributivi, in particolare a carattere variabile, sia effettuata in misura più che proporzionale" (art. 4, co. 2, lett. b), D. Lgs. n. 61/2000, abrogato).

3. Nozione, forma e contenuto del contratto a tempo parziale

Il D. Lgs. n. 81/2015 statuisce, con una formulazione più snella rispetto alla precedente disciplina⁵³, che nel rapporto di lavoro subordinato, anche a tempo determinato, l'assunzione del prestatore può avvenire sia a tempo pieno, ai sensi dell'art. 3, D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66, che a tempo parziale (art. 4, D. Lgs. n. 81/2015).

Segnatamente, si considera a tempo parziale il contratto di lavoro caratterizzato da un orario inferiore rispetto a quello normale, stabilito in 40 ore settimanali, o al minore orario eventualmente previsto dai contratti collettivi.

Nella nuova disciplina manca invece, rispetto a quanto previsto dal D. Lgs. n. 61/2000⁵⁴, la classica suddivisione del *part-time* in orizzontale, verticale e misto che, dunque, perde rilievo a fini giuridici. Tuttavia, tale tripartizione corrisponde a ben precise modalità organizzative aziendali, che potranno essere ancora richiamate dalla prassi contrattuale individuale e collettiva⁵⁵.

Di contro, la novella conferma che il contratto di lavoro a tempo parziale deve essere stipulato per iscritto, ai fini della prova, e deve contenere la puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione dell'orario di svolgimento della stessa, con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno (art. 5, co. 1 e 2, D. Lgs. n. 81/2015). Innovativa è la disposizione contenuta nel co. 3 dell'art. 5, secondo cui, qualora l'organizzazione del lavoro sia articolata in turni, l'indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale può avvenire anche attraverso un rinvio ai turni programmati su fasce orarie prestabilite⁵⁶.

Per quanto riguarda l'apparato sanzionatorio, invece, la nuova regolamentazione differisce parzialmente dalla precedente, in quanto, innanzitutto, è stata abrogata la disposizione⁵⁷ secondo cui in difetto di prova scritta era ammessa la prova testimoniale nei limiti di cui all'art. 2725 cod. civ.⁵⁸

⁵³ Ex art. 1, co. 1 e 2, let. a) e b), D. Lgs. n. 61/2000, abrogato.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. b), c), d) e d-bis), abrogato.

⁵⁵ Sul punto v. M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, op. cit., p. 9.

⁵⁶ Con tale disposizione il Legislatore delegato fa proprio un indirizzo già espresso dalla magistratura di merito. v. Trib. Milano, 16 gennaio 2007, in "Orientamenti della giurisprudenza del lavoro", 2007, I, p. 330.

⁵⁷ Secondo l'art. 8, co. 1, D. Lgs. n. 61/2000, abrogato.

⁵⁸ La forma scritta del contratto *ad probationem*, come noto, comporta che, in caso di mancanza della prova non si ha come conseguenza la nullità del contratto, ma soltanto li-

In secondo luogo, in mancanza della forma scritta circa la stipulazione a tempo parziale del contratto di lavoro, il lavoratore potrà chiedere al giudice la sussistenza di un rapporto a tempo pieno in luogo di quello a tempo parziale, con la differenza che la dichiarazione giudiziale non decorre più, come in precedenza, dal momento in cui veniva giudizialmente accertata la carenza della forma scritta, ma da quello della pronuncia della sentenza (art. 10, co. 1, D. Lgs. n. 81/2015).

Il regime precedente, inoltre, manteneva *“fermo il diritto alle retribuzioni dovute per le prestazioni effettivamente rese antecedentemente alla data suddetta”* (art. 8, co. 1, ult. periodo, D. Lgs. n. 81/2015); mentre quello attualmente vigente unisce alla retribuzione il versamento dei contributi previdenziali.

Allo stesso modo, nel caso di assenza di una determinazione scritta circa la durata della prestazione lavorativa, su richiesta del lavoratore, il giudice dichiara la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla pronuncia (art. 10, co. 2, D. Lgs. n. 81/2015)⁵⁹.

Qualora, invece, non sia stata indicata nel contratto la collocazione temporale dell'orario, la lacuna è colmata dal giudice che determinerà le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale, *“tenendo conto delle responsabilità familiari del lavoratore interessato e della sua necessità di integrazione del reddito mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro”* (art. 10, co. 2, secondo periodo, D. Lgs. n. 81/2015)⁶⁰. Inoltre, sia per tale ipo-

mitazioni alla prova testimoniale (art. 2725 cod. civ.). In particolare, nel caso in cui la scrittura del contratto risulti mancante, le parti non possono ricorrere alla prova per testimoni, a meno che *“il contraente dimostri di avere senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova”* (c.d. smarrimento incolpevole del documento ex art. 2724, n. 3, cod. civ.).

⁵⁹ Differentemente da quanto era stabilito, in precedenza, dall'art. 8, co. 2, secondo periodo, D. Lgs. n. 61/2000, abrogato.

⁶⁰ Nella precedente normativa (art. 8, co. 2, terzo periodo, D. Lgs. n. 61/2000, abrogato), invece, era previsto che: *“Qualora invece l'omissione riguardi la sola collocazione temporale dell'orario, il giudice provvede a determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale con riferimento alle previsioni dei contratti collettivi di cui all'articolo 3, comma 7, o, in mancanza, con valutazione equitativa, tenendo conto in particolare delle responsabilità familiari del lavoratore interessato, della sua necessità di integrazione del reddito derivante dal rapporto a tempo parziale mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro.”* Quindi, ora, la nuova normativa non dispone più che il giudice determini le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, secondo ai criteri contemplati dal contratto collettivo e, in mancanza, con valutazione equitativa; ma soltanto sulla base dei criteri sopraesposti, i quali, peraltro, essendo stato cancellato l'inciso *“in particolare”*, sono oggi tassativi.

Il giudice determinerà unicamente in via equitativa le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, senza attingere da quanto previsto dalla contrattazione collettiva.

tesi che in caso di mancata indicazione scritta della durata della prestazione, il lavoratore ha diritto, per il periodo antecedente alla pronuncia giudiziale, *“in aggiunta alla retribuzione dovuta per le prestazioni effettivamente rese, a un’ulteriore somma a titolo di risarcimento del danno”* (art. 10, co. 2, terzo periodo, D.Lgs. n. 81/2015). Diversamente, nell’ipotesi di *“svolgimento di prestazioni in esecuzione di clausole elastiche senza il rispetto delle condizioni, delle modalità e dei limiti previsti dalla legge o dai contratti collettivi”*, il prestatore ha diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta, a titolo di risarcimento del danno ad una ulteriore somma, anch’essa non quantificata e più generica rispetto alla precedente, mancando il riferimento alle prestazioni effettivamente rese (art. 10, co. 3, D. Lgs. n. 81/2015).

4. Flessibilità dell’orario di lavoro e “nuove” clausole elastiche

Al fine di consentire all’azienda di modulare in aumento la durata della prestazione in situazioni contingenti, senza modificare stabilmente l’orario di lavoro, il Decreto attuativo ha facilitato, in un’ottica di liberalizzazione rispetto alla precedente regolamentazione, la possibilità per il datore di richiedere al lavoratore prestazioni di lavoro supplementari⁶¹ e straordinarie⁶² per ogni tipologia di *part-time*⁶³.

In relazione al lavoro supplementare, in particolare, è stato disposto che il datore, in ossequio di quanto previsto dalla contrattazione collettiva (di qualsiasi livello), ha la facoltà di richiedere al lavoratore lo svolgimento di prestazioni supplementari, eseguite oltre l’orario di lavoro concordato dalle parti, anche in relazione alle giornate, alle settimane o ai mesi (art. 6, co. 1, D. Lgs. n. 81/2015)⁶⁴.

⁶¹ Sulla nuova regolamentazione del lavoro supplementare si v. S. BELLOMO, *Il lavoro a tempo parziale tra semplificazione e unificazione*, op. cit., p. 27 ss.

⁶² Rientrano in questa nozione *“il lavoro prestato oltre l’orario normale di lavoro”* (40 ore), così come definito (artt. 1, co. 2 e 3, D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66).

⁶³ Ciò in quanto la novella del 2015 ha eliminato la tripartizione del lavoro a tempo parziale in orizzontale, verticale e misto, a differenza della precedente regolamentazione che relegava la facoltà di ricorrere al lavoro supplementare al solo *part-time* orizzontale, ex art. 3, co. 1, D. Lgs. n. 61/2000 (abrogato) e consentiva di svolgere prestazioni straordinarie unicamente nel *part-time* verticale o misto, secondo l’art. 3, co. 5, D. Lgs. n. 61/2000 (abrogato).

⁶⁴ In precedenza, invece, l’art. 3, co 2, D.Lgs. n. 61/2000 (abrogato) sanciva che: *“I contratti collettivi stipulati dai soggetti indicati nell’ articolo 1 , comma 3, stabiliscono il numero massimo delle ore di lavoro supplementare effettuabili e le relative causali in relazione alle quali si consente di richiedere ad un lavoratore a tempo parziale lo svolgimento di lavoro supplementare, nonché le conseguenze del superamento delle ore di lavoro supplementare consentite dai contratti collettivi stessi.”*

Inoltre, qualora la contrattazione collettiva non preveda una disciplina specifica relativa al lavoro supplementare ed alle modalità retributive riferite allo stesso, il legislatore ha disposto che il datore di lavoro ne può chiedere lo svolgimento in una misura non superiore al 25% delle ore settimanali concordate, con una maggiorazione retributiva del 15% della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione di tali ore sugli istituti retributivi indiretti e differiti. Tuttavia, il lavoratore potrà rifiutarsi di svolgere prestazioni supplementari nel caso in cui sussistano: «comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale» (art. 6, co. 2, D. Lgs. n. 81/2015)⁶⁵; e qualora lo stesso si rifiuti di «concordare variazioni dell'orario di lavoro», ciò non costituisce un giustificato motivo di licenziamento (art. 6, co. 8, D. Lgs. n. 81/2015).

Un' importante innovazione del Decreto. n. 81, riguarda, poi, la nuova la disciplina delle c. d. clausole di variabilità.

In particolare, il Legislatore assorbe le «clausole flessibili» nelle «clausole elastiche», che ora⁶⁶ ricomprendono sia la «variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa» che la «variazione in aumento della sua stessa durata» (art. 6, co. 4, D. Lgs. n. 81/2015)⁶⁷.

Le «nuove» clausole elastiche, in ossequio di quanto stabilito dalla contrattazione collettiva di qualsiasi livello, sono negoziate a livello individuale e devono essere stipulate per iscritto. Il datore di lavoro, ogni qual volta voglia dare applicazione all'accordo, non è tenuto a chiedere il consenso al lavoratore, il quale, però, ha diritto ad un preavviso di

⁶⁵ Quindi, l'ammissibilità della richiesta di lavoro supplementare non è più condizionata, come in passato al mero consenso del lavoratore, come era previsto dall'art. 3, co. 3, D. Lgs. n. 61/2000 (abrogato), che, ora, è tenuto a svolgerlo salvo che dimostri, con onere a suo carico, eventuali esigenze «qualificate» previste dal Legislatore, incompatibili con la richiesta del lavoro supplementare e, di conseguenza, tali da giustificare il rifiuto stesso.

⁶⁶ Il passato regime, come noto, all'art. 3, co. 7, D. Lgs. n. 61/2000 (abrogato), prevedeva la possibilità, per le parti, di concordare «clausole flessibili relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione stessa» e, soltanto nei rapporti di lavoro a tempo parziale di tipo verticale o misto, «clausole elastiche relative alla variazione in aumento della durata della prestazione lavorativa».

⁶⁷ In merito si v. le prime considerazioni di M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, op. cit., p. 9 secondo cui «Il senso della novella è invero poco comprensibile e privo di razionalità pratica rispetto alle modalità organizzative del *part-time* tanto più che, in attesa dei rinnovi dei contratti collettivi nazionali di categoria, si alimenterà non poca confusione rispetto a definizioni da tempo invalse nella prassi del sistema di relazioni industriali con precisi significati non solo gestionali ma anche prescrittivi posto che sarà la contrattazione collettiva a governare ancora l'utilizzo del lavoro *part-time* nei diversi settori produttivi.»

due giorni lavorativi, “fatte salve le diverse intese tra le parti”⁶⁸, ed a specifiche compensazioni, nella misura e nei modi determinati dai contratti collettivi (art. 6, co. 5, D. Lgs. n. 81/2015).

Analogamente a quanto previsto per le prestazioni supplementari, il Legislatore delegato introduce, in assenza di una regolamentazione della contrattazione collettiva, la possibilità per le parti di pattuire (sempre per iscritto) clausole elastiche davanti ad un organo di certificazione⁶⁹, ove il prestatore ha la facoltà di farsi assistere da un rappresentante di un'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro⁷⁰.

Inoltre, a pena di nullità, tali clausole devono prevedere “le condizioni e le modalità con le quali il datore di lavoro, con preavviso di due giorni lavorativi, può modificare la collocazione temporale della prestazione e variarne in aumento la durata, nonché la misura massima dell'aumento, che non può comunque eccedere il limite del 25 % della normale prestazione annua a tempo parziale”⁷¹. Tali modifiche dell'orario di lavoro inizialmente concordato comportano, a favore del lavoratore, il diritto ad una maggiorazione della retribuzione oraria globale di fatto pari al 15 %, comprensiva dell'incidenza della retribuzione sugli istituti retributivi indiretti e differiti⁷².

Il Legislatore, in linea con quanto già disposto in precedenza⁷³, stabilisce altresì, che, in caso di particolari motivi di salute del dipendente o dei

⁶⁸ Dalla formulazione della norma si evince che le parti, potranno prevedere, anche un preavviso minore di due giorni.

⁶⁹ V. art. 75, D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, come modificato dall'art. 18, D.Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, e dall'art. 30, co. 4, L. 4 novembre 2010, n. 183.

⁷⁰ Come previsto dall'art. 6, co. 6, primo periodo, D. Lgs. n. 81/2015. In merito si v. G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, op. cit., p. 378, secondo cui la ratio di tale previsione è, chiaramente, «quella di tutelare il lavoratore una volta venuto meno il “filtro” del contratto collettivo, al fine di garantire in sede protetta la genuina manifestazione di volontà in ordine ad una disciplina che può incidere negativamente sulla programmabilità della propria vita».

⁷¹ Ex art. 6, co. 6, secondo periodo, D. Lgs. n. 81/2015.

⁷² In merito, cfr. S. BELLOMO, *Il lavoro a tempo parziale tra semplificazione e unificazione*, op. cit., p. 31 e 32, secondo cui, come per il lavoro supplementare, tale percentuale non si applica sull'intera retribuzione, ma solo su quella delle ore di lavoro relativamente alle quali è stato effettivamente esercitata la variazione dell'orario.

⁷³ Il diritto al “ripensamento” del lavoratore era stato già previsto, soppresso e reintrodotta con modalità differenti nelle diverse versioni del D. Lgs. n. 61/2000. In generale, in merito alla possibilità di recesso del lavoratore dal patto di stabilità, si v. P. RAUSEL, R. SCOLASTICI, *Il lavoro a tempo parziale*, in AA. VV., *La nuova riforma del lavoro*, a cura di M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, Milano, Giuffrè, 2012, p. 138 ss.

suoi familiari⁷⁴, e in caso di lavoratori studenti⁷⁵, è possibile per il prestatore revocare il consenso prestato alla clausola elastica (art. 6, co. 7, D. Lgs. n. 81/2015). Nel caso in cui, invece, il prestatore si rifiuti di concordare variazioni dell'orario di lavoro, come già rilevato, tale rifiuto non può costituire un giustificato motivo di licenziamento (art. 6, co. 8, D. Lgs. n. 81/2015)⁷⁶.

5. Trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, ritrasformazione e diritto di precedenza

Di indubbio rilievo è, poi, la nuova disciplina in materia di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale e viceversa, che prevede un'estensione delle tutele rispetto a quanto già stabilito dalla c.d. legge Biagi (D. Lgs. n. 276/2003)⁷⁷.

Innanzitutto, come rilevato, il D. Lgs. n. 81 ribadisce quanto già statuito in precedenza⁷⁸, prevedendo, in caso di rifiuto del lavoratore alla trasformazione e ritrasformazione del proprio rapporto di lavoro, che ciò "*non costituisce giustificato motivo di licenziamento*" (art. 8, co. 6, D. Lgs. n. 81/2015). Parimenti confermato, è l'obbligo della forma scritta per l'atto che sancisce la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale (art. 8, co. 2, D. Lgs. n. 81/2015)⁷⁹. Di contro, non sono necessari obblighi di forma per la trasformazione da tempo parziale a tempo pieno.

È, invece, innovativa, la previsione secondo cui, tanto nel settore pubblico che in quello privato, il diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale⁸⁰ ed alla ritra-

⁷⁴ Ipotesi previste dall'art. 8, co. da 3 a 5, D. Lgs. n. 81/2015.

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 10, co. 1, L. n. 300/70.

⁷⁶ Ad ogni modo, le garanzie previste dalla legge in tema di clausole elastiche e di diritto al ripensamento devono fare i conti con la realtà economica in cui la legge si inserisce. In particolare, sicuramente il lavoratore potrà rifiutarsi di sottoscrivere tali clausole, ma, al contempo, è anche vero che ciò significa rifiutarsi di sottoscrivere il contratto di lavoro e perdere, di conseguenza, la possibilità di essere assunto. In merito cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, op. cit., p. 379.

⁷⁷ Sulla precedente regolamentazione, cfr. M. N. BETTINI, *Il part time come strumento di flessibilità funzionale e garanzia occupazionale*, op. cit., p. 19 ss.

⁷⁸ Come disciplinato in precedenza dall'art. 5, co. 1, primo periodo, D. Lgs. n. 61/2000, abrogato, ma con una formulazione più snella.

⁷⁹ Ex art. 5, co. 1, secondo periodo, D. Lgs. n. 61/2000, abrogato.

⁸⁰ Secondo l'interpretazione del Ministero del Lavoro, il diritto del lavoratore (o della lavoratrice) a richiedere la trasformazione del contratto è un diritto soggettivo che mira a tutelarne, unitamente alla salute, la professionalità e la partecipazione al lavoro, come importante strumento di integrazione sociale e di permanenza nella vita attiva (Min. Lav. Circ. 22 dicembre 2005, n. 40).

sformazione del rapporto *part-time* in rapporto a tempo è esteso, oltre alle ipotesi già regolate in precedenza (lavoratori affetti da patologie oncologiche)⁸¹, anche ai lavoratori affetti da gravi patologie cronic-degenerative inaggravanti (art. 8, co. 3, D. Lgs. n. 81/2015)⁸².

A tali ipotesi, inoltre, si aggiunge quanto disposto dall'art. 24, co. 6, del D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 80, recante "*misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*". In particolare, il diritto alla trasformazione è esteso alle lavoratrici vittime di violenze di genere, inserite nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere⁸³. Queste hanno diritto alla trasformazione del rapporto a tempo pieno in lavoro a tempo parziale, verticale od orizzontale, ove disponibili in organico. Il rapporto di lavoro a tempo parziale deve essere, poi, nuovamente trasformato, a richiesta della lavoratrice, in rapporto di lavoro a tempo pieno (art. 24, co. 6, D. Lgs. n. 80/2015).

⁸¹ Ai sensi dell'art. 12-bis, co. 1, primo periodo, D. Lgs. n. 61/2000 (introdotto dall'art. 46, co. 1, lett. t), D.Lgs. n. 276/2003, e modificato dall'art. 1, co. 44, lett. d), L. n. 247/2007 ed oggi abrogato.

⁸² Secondo l'art. 8, co. 3, D. Lgs. n. 81/2015: "I lavoratori del settore pubblico e del settore privato affetti da patologie oncologiche nonché da gravi patologie cronic-degenerative inaggravanti, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, eventualmente anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita, accertata da una commissione medica istituita presso l'azienda unità sanitaria locale territorialmente competente, hanno diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in lavoro a tempo parziale. A richiesta del lavoratore il rapporto di lavoro a tempo parziale e' trasformato nuovamente in rapporto di lavoro a tempo pieno."

⁸³ In particolare, in base a quanto previsto dall'articolo 24, co.1-3, D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 80: "La dipendente di datore di lavoro pubblico o privato, con esclusione del lavoro domestico, inserita nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere, debitamente certificati dai servizi sociali del comune di residenza o dai centri anti-violenza o dalle case rifugio di cui all'articolo 5-bis decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119, ha il diritto di astenersi dal lavoro per motivi connessi al suddetto percorso di protezione per un periodo massimo di tre mesi.

2. Le lavoratrici titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa inserite nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere, debitamente certificati dai servizi sociali del Comune di residenza o dai Centri anti-violenza o dalle Case rifugio di cui all'articolo 5-bis, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119, hanno diritto alla sospensione del rapporto contrattuale per motivi connessi allo svolgimento del percorso di protezione, per il periodo corrispondente all'astensione, la cui durata non può essere superiore a tre mesi.

3. Ai fini dell'esercizio del diritto di cui al presente articolo, la lavoratrice, salvo casi di oggettiva impossibilità, e' tenuta a preavvisare il datore di lavoro o il committente con un termine di preavviso non inferiore a sette giorni, con l'indicazione dell'inizio e della fine del periodo di congedo e a produrre la certificazione di cui ai commi 1 e 2."

Allo stesso modo, sono ampliate le ipotesi di priorità nella trasformazione del rapporto da tempo pieno a *part-time*⁸⁴.

In particolare, in seguito all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 81, tale priorità è ora riconosciuta al lavoratore (e alla lavoratrice) *part-time* (art. 8, co. 4⁸⁵ e 5⁸⁶, D. Lgs. n. 81/2015):

- nel caso di patologie oncologiche e in caso di gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti, riguardanti il coniuge, i figli o i genitori;
- qualora assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa, che assuma connotazione di gravità⁸⁷, alla quale è stata riconosciuta una percentuale di invalidità pari al 100%, con necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita;
- abbia un figlio convivente⁸⁸ di età non superiore a 13 anni ovvero un figlio convivente portatore di handicap.

Un' ulteriore possibilità di trasformazione è infine stata introdotta, dal co. 7 dell'art. 8.

Segnatamente, in linea con quanto previsto dalle nuove disposizioni contenute nel D. Lgs. n. 80/2015, è stata prevista la facoltà per la lavoratrice madre o il lavoratore padre, di chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale⁸⁹, ed entro i limiti temporali dello stesso, la

⁸⁴ Prima dell'entrata in vigore del Decreto n. 81/2015 tale possibilità era riservata solo ai casi previsti dall' art. 12-*bis*, co. 2 e 3, D. Lgs. n. 61/2000 (abrogato).

⁸⁵ Ex art. 8, co. 4, D. Lgs. n. 81/2015: "In caso di patologie oncologiche o gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti riguardanti il coniuge, i figli o i genitori del lavoratore o della lavoratrice, nonché nel caso in cui il lavoratore o la lavoratrice assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, che abbia necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, è riconosciuta la priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale."

⁸⁶ Secondo l'art. 8, co. 5, D. Lgs. n. 81/2015: "In caso di richiesta del lavoratore o della lavoratrice, con figlio convivente di età non superiore a tredici anni o con figlio convivente portatore di handicap ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 104 del 1992, e' riconosciuta la priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale."

⁸⁷ Ai sensi dell'art. 3, co. 3, L. 5 febbraio 1992, n. 104.

⁸⁸ Per quanto riguarda il requisito della convivenza, il Min. Lav. (Circ.18 febbraio 2010, n. 3884) ha precisato che il familiare che assiste e l'assistito devono abitare nel medesimo palazzo e numero civico, ancorché non nel medesimo appartamento.

⁸⁹ La materia dei congedi è disciplinata, come noto, dal dagli artt. 32-38, D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (come modificato dal D. Lgs. n. 80/2015). Il rinvio operato dalla legge (art. 8, co. 7) al capo V di tale Decreto consente di riferirsi a tale disciplina in materia di durata, condizioni di riconoscimento, modalità, e tempi della richiesta.

trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché con una riduzione di orario non superiore al 50%. In caso in cui il prestatore avanzi al datore tale richiesta, quest'ultimo è tenuto a dar corso alla trasformazione entro 15 giorni dalla domanda⁹⁰.

In relazione, invece, al diritto di precedenza nelle nuove assunzioni a tempo pieno, da parte del lavoratore che abbia trasformato il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, il co. 6⁹¹ dell'art. 8 modifica la disciplina presente nel D. Lgs. n. 61/2000⁹². In particolare, ora, non si parla più di espletamento delle *"stesse od equivalenti mansioni"* ma, a seguito di quanto previsto dall'art. 3 del D. Lgs. n. 81/2015⁹³, il riferimento è alle mansioni di pari livello all'interno della categoria legale. Inoltre, la garanzia spettante al lavoratore risulta ampliata in quanto, a differenza della precedente regolamentazione, non vi è più il riferimento ad un limite temporale massimo entro cui esercitare tale diritto, con la conseguenza che può essere fatto valere anche dopo un cospicuo lasso di tempo rispetto al momento della nuova assunzione.

Vendendo, invece all'obbligo del datore di lavoro di informare i lavoratori occupati, già a tempo pieno, circa le nuove assunzioni di personale a tempo parziale, la disposizione rimane pressoché invariata rispetto al precedente regime (art. 8, co. 8, D. Lgs. n. 81/2015)⁹⁴. Di contro, nella nuova disciplina non è più previsto l'obbligo per il datore di lavoro di *"informare le rappresentanze sindacali aziendali, ove esistenti, con caden-*

⁹⁰ Cfr. M. R. GHEIDO, A. CASOTTI, *op. cit.*, p. 1729.

⁹¹ Ai sensi dell'art. 8, co. 6, D. Lgs. n. 81/2015: "Il lavoratore il cui rapporto sia trasformato da tempo pieno in tempo parziale ha diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno per l'espletamento delle stesse mansioni o di mansioni di pari livello e categoria legale rispetto a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale."

⁹² Secondo l'art. 12 *-ter*, D. Lgs. n. 61/2000, abrogato.

⁹³ L'art. 3, D. Lgs. n. 81/2015, ha modificato e sostituito la disciplina in tema di mansioni contenuta nell'art. 2103 cod. civ., che ora prevede al primo comma che: "Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali e' stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte."

⁹⁴ Ai sensi dell'art. 8, co. 8, D. Lgs. n. 81/2015: "In caso di assunzione di personale a tempo parziale il datore di lavoro è tenuto a darne tempestiva informazione al personale già dipendente con rapporto a tempo pieno occupato in unità produttive site nello stesso ambito comunale, anche mediante comunicazione scritta in luogo accessibile a tutti nei locali dell'impresa, ed a prendere in considerazione le domande di trasformazione a tempo parziale dei rapporti dei dipendenti a tempo pieno." Quindi, rispetto a quanto previsto dalla precedente disciplina (art. 5, co. 3, D. Lgs. n. 61/2000, abrogato), manca solamente la rimessione ai contratti collettivi dei criteri applicativi.

za annuale, sull'andamento delle assunzioni a tempo parziale, la relativa tipologia ed il ricorso al lavoro supplementare" (ai sensi dell'abrogato art. 2 co. 2, del D.Lgs. n. 61/2000)⁹⁵.

6. Riflessioni conclusive

Dall'analisi delle disposizioni introdotte della novella del 2015, emerge chiaramente come il Legislatore, tenendo conto dell'europeizzazione delle politiche nazionali del lavoro⁹⁶ e della giurisprudenza comunitaria, abbia recepito, in maniera senza dubbio più completa, la Direttiva comunitaria sul lavoro a tempo parziale.

Ciò si evince dal fatto che la nuova normativa, non solo ha fatto proprio il principio di non discriminazione ed esteso quello del *pro rata temporis*, ponendosi così in linea con le precedenti regolamentazioni, ma si propone di attuare il principio di volontarietà nel *part-time* e di contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro, prendendo atto dei bisogni dei datori di lavoro e dei lavoratori, principi questi, fin ora, non ancora pienamente recepiti nell'ordinamento italiano.

Nonostante ciò, la nuova normativa non manca di punti d'ombra.

In primo luogo, il Legislatore delegato, non riproponendo l'obbligo a carico del datore di lavoro di "informare le rappresentanze sindacali aziendali, ove esistenti, con cadenza annuale, sull'andamento delle assunzioni a tempo parziale, la relativa tipologia ed il ricorso al lavoro supplementare", potrebbe compromettere il recepimento di quanto previsto dalla clausola 5, n. 3, lett e), dell'allegato della direttiva 97/81/CE, secondo cui i datori di lavoro, "per quanto possibile (...) dovrebbero prendere in considerazione (...) la diffusione, agli organismi esistenti rappresentanti i lavoratori, di informazioni adeguate sul lavoro a tempo parziale nell'impresa".

In secondo luogo, la Legge tace in merito al diritto di precedenza verso il tempo pieno, in favore del dipendente originariamente assunto

⁹⁵ Quindi, in materia di informazioni alle rappresentanze sindacali aziendali assumeranno rilevanza esclusiva i soli obblighi eventualmente previsti in sede di contrattazione collettiva.

⁹⁶ In cui il *part-time* svolge un ruolo essenziale nella prospettiva sia della flessibilizzazione della prestazione che della conciliazione delle esigenze personali del lavoratore e delle istanze organizzative del datore di lavoro. Sul tema v., S. CALIANDRO, *op. cit.*, p. 733; S. GIUBBONI, S. SCIARRA, *Il part time in Europa, Introduzione*, in "Diritto di lavoro e relazioni industriali", 2000, p. 547; S. SCARPONI, *Luci ed ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in "Rivista giuridica di lavoro e previdenza sociale", 1999, I, p. 410. In merito, si v., anche, la Carta Europea dei diritti fondamentali siglata a Nizza nel 2000.

a tempo parziale⁹⁷. In particolare, la precedente regolamentazione (art. 5, co. 2, D. Lgs. n. 61/2000) prevedeva che, in caso di assunzione di lavoratori a tempo pieno, il contratto individuale di lavoro può prevedere un diritto di precedenza in favore del dipendente assunto a tempo parziale “fin dall’inizio”, senza trasformazioni, presso “*unità produttive site nello stesso ambito comunale, adibiti alle stesse mansioni o a mansioni equivalenti rispetto a quelle con riguardo alle quali è prevista l’assunzione.*”

A riguardo, si potrebbe presumere che sia sempre possibile un patto individuale, scritto, tra il datore di lavoro ed il prestatore, volto a favorire il diritto di precedenza, applicando in via analogica quanto previsto dall’art. 8, co. 6, D. Lgs. n. 81/2015⁹⁸.

Per dissipare simili dubbi e poter valutare l’impatto della nuova disciplina del *part-time* nel mercato del lavoro, bisognerà confidare in un’opera ermeneutica della dottrina giuslavorista ed attendere il rinnovo dei contratti collettivi, oggi, incentrati su logiche pressoché differenti da quelle in cui si pone il Legislatore delegato.

⁹⁷ In tema, v. M. DE CRISTOFARO, *Precedenza e priorità per il passaggio al tempo pieno o al tempo parziale*, in “Diritto del lavoro”, 2001, I, 427; P. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 559; Cass. 14 luglio 2014, n. 16089, in “Guida al lavoro”, 2014, n. 31, p. 12; Cass. 26 aprile 2013, n. 1075, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 602, (M); Cass. 17 maggio 2012, n. 7752, in “Rivista giuridica di lavoro e previdenza sociale”, 2013, II, p. 74, con nota di M. ALTIMARI, *Il diritto di precedenza dei lavoratori a tempo parziale in caso di assunzioni a tempo pieno*; Cass. 21 luglio 2005, n. 15312, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2006, II, p. 578, con nota di F. ALVARO, *Sul diritto di precedenza dei lavoratori a tempo parziale in caso di assunzione di personale a tempo pieno*, ha stabilito che il diritto di precedenza dei *part-timer* “trova applicazione soltanto in ipotesi di nuove assunzioni e nei confronti dei neoassunti con contratto a tempo pieno”.

⁹⁸ Ai sensi dell’art. 8, co. 6, D. Lgs. n. 81/2015, “... ha diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno per l’espletamento delle stesse mansioni o di mansioni di pari livello e categoria legale rispetto a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale.”

Gli strumenti di risoluzione della crisi di impresa nella penisola balcanica tra diritto interno e diritto internazionale privato e processuale*

SOMMARIO: 1. L'Europa in movimento: il diritto della crisi di impresa in permanente mutazione - 2. L'importanza di una *Cross Border Insolvency Law* italiana - 3. Un panorama concorsuale balcanico: Croazia e Romania - 3.1. La normativa della *Republika Hrvatska*: una breve introduzione - 3.1.1. Uno sguardo al passato - 3.1.2. La *Stečajni Zakon* del 29 giugno 2015 e la *Predste ajnoga Postupka* - 3.1.3. La *Predstečajnoga Postupka* - 3.1.4. *Međunarodni stečaj* - 3.2 La disciplina della crisi di impresa in Romania: considerazioni generali - 3.2.1. Brevi riflessioni in ordine al requisito della *dificultate financiar* - 3.2.2. I modelli della prevenzione della crisi di impresa in Romania - 3.2.3. Il mandato *ad hoc* - 3.2.4. La procedura di *concordatului preventiv*.

1. L'Europa in movimento: il diritto della crisi di impresa in permanente mutazione

Negli ultimi anni si è assistito a un incidere senza sosta di interventi normativi statali volti ad adeguare (o rinnovare) gli istituti del diritto della crisi di impresa alle esigenze sorte, e rese necessarie, dal lascito fallimentare dei regimi precedenti: in luogo della deriva liquidatoria dell'attivo del debitore registrata negli anni scorsi, il *trend* attuale è rappresentato da una decisa virata verso le soluzioni conservative dei valori aziendali¹. Si segnala, ciò nonostante, che siffatte esigenze non sono affatto sco-

* Il presente contributo si inserisce nell'ambito delle attività promosse dal Dipartimento Giuridico della Università degli Studi del Molise, e relative al progetto di ricerca «*Individuazione, selezione ed approfondimento della normativa relativa ai procedimenti di regolazione della crisi d'impresa in vigore nella penisola balcanica (nella specie: Croazia, Romania ed Albania), alla stregua della dottrina e della giurisprudenza sedimentatasi in materia*», Responsabile Scientifico Prof. Massimo Fabiani.

¹ L'ennesimo ritocco della legge fallimentare italiana è figlio del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, «*Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*», convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, e pubblicato in GU del 20 agosto 2015, n. 192, Supplemento Ordinario n. 50; per i primi commenti delle modifiche cfr. M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in «*Il Caso.it*», 2015, II, pp.1 ss.; L. VAROTTI, *Apunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, *ibid.*, 1 ss.; ID., *Articolo 182 septies*. Ac-

nosciute dai vertici della Unione Europea², e che, sebbene con un ritmo meno incalzante, anche in quelle sedi hanno oggi modo di esprimersi grazie a una rinnovata sensibilità sollecitata da numerosi documenti europei³, gli ultimi dei quali sostanziano, intercettandosi a vicenda, l'elaborazione dei principi provenienti dalle diverse legislazioni nazionali⁴.

In primo luogo, è di recente approvazione⁵ il "Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza"⁶,

cordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (appunti veloci sulla riforma 2015 delle legge fallimentare - II parte), ibid., pp. 1 ss.; S. AMBROSINI, La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015, ibid., p. 1 ss.; R. GUIDOTTI, Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti, ibid., pp. 1 ss.; N. NISIVOCIA, Il nuovo art. 182-septies l. fall. (accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria): quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?, in corso di pubblicazione in "Il fallimento e altre procedure concorsuali"; M. RATTI, sub art. 163, in corso di pubblicazione su un Commentario della riforma Giappichelli, Torino; A. BOTTAI, sub art. 160, ibid.

² Per consimili affermazioni sul versante transalpino v. P. ROUSSEL GALLE, *Quelques innovations prévues par le nouveau règlement européen sur l'insolvabilité*, in "Revue des Sociétés", 2015, pp. 198 ss.; L.C. HENRY, *Le droit de l'insolvabilité européen en devenir...*, in "Bulletin Joly Entreprises en Difficulté", 1° gennaio 2014, pp. 1 ss.; M. MENJUCQ, *La proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n. 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité: une évolution mais pas de révolution*, in "Revue des procédures collectives", 2013, 1, étude 2.

³ Una approfondita analisi degli elaborati europei è svolta da G. MONTELLA, *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in corso di pubblicazione su "Il Fallimento e altre procedure concorsuale"; P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, ibid.

⁴ Per una conferma della febbrile attività della Commissione nel magma delle insolvenze transfrontaliere cfr. U. MACRÌ, *Un commento a prima lettura - La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza*, in corso di pubblicazione su "Il Fallimento e altre procedure concorsuale".

⁵ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L141 del 5 giugno con il numero 2015/848, adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 20 maggio scorso.

⁶ C.d. "Rifusione" del Regolamento n. 1346 del 2000; in tema, per una prima analisi della proposta della Commissione del 13 dicembre 2012, v. C. GARLATTI, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla procedure di insolvenza (rifusione)*, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuale", 2015, pp. 509 ss.; P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione Europea e sugli altri Stati - Pubblicata la bozza (quasi) definitiva della "rifusione" del Regolamento CE n. 1346/2000, ibid., pp. 373 ss.* Per una prospettiva confinante, dalla quale peraltro derivano molte delle soluzioni ruinate oggetto del presente lavoro, cfr. M. MENJUCQ, *Chronique du droit du commerce international*, in "La Semaine Juridique Entreprise et Affaires", 2 aprile 2015, pp. 1166 ss., secondo il quale "les nouvelles dispositions prennent largement en compte les évolutions du droit des entreprises en difficulté favorisant la restructuration des dettes des débiteurs et s'inscrit dans la logique de la recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014 qui préconise l'insertion dans les droits des États membres de règles favorisant les procédures négociées et les plans de restructuration"; v. pure R. DAMMAN - M.

fortemente voluto in seguito alle carenze riscontrate dalla Commissione⁷ in occasione della Relazione sull'applicazione nel documento regolativo delle procedure di insolvenza transfrontaliere⁸: si è registrata, infatti, l'indifferenza dello spettro applicativo del Regolamento n. 1346 del 2000 verso le procedure di pre-insolvenza e verso quelle c.d. ibride⁹; analogo valutazione è stata effettuata a proposito delle procedure di insolvenza delle persone fisiche¹⁰; alcune considerazioni sono state spese anche a proposito della precisazione del centro di interessi principali del debitore quale criterio principe di competenza alla apertura della procedura principale¹¹, e della previsione di una *vis attractiva* europea; altresì

MENJUCQ - P. ROUSSEL GALLE, *Le nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité*, in "Revue des procédures collectives", 2015, 1, étude 2; X. HUERTAS, *Les nouvelles avancées du droit européen des entreprises en difficulté*, *ibid.*, dossier 1; M. MENJUCQ, *Un élargissement du champ d'application essentiellement procédural*, *ibid.*, dossier 2.

⁷ Inadatto, secondo G. LO CASCIO, *Il Rischio di insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 2014, pp. 733 ss., perché relativo principalmente alle questioni di competenza, alla legge applicabile ed alla cooperazione nelle procedure di insolvenza transfrontaliera, tralasciando la disparità attualmente esistente tra le diverse procedure nazionali di prevenzione.

⁸ V. Strasburgo, 12 dicembre 2012, Commissione (2012), 743 *final*, in "Il Diritto fallimentare e delle società commerciali", 2013, pp. 348 ss., e *Id.*, 744 *final*, *ibid.*, pp. 490 ss.

⁹ Una valutazione complessiva di queste novità rispetto ai rimedi italiani è svolta da E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un procedimento concorsuale da inserire nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000: lo richiede la commissione europea*, in "Il Diritto fallimentare e delle società commerciali", 2013, pp. 490 ss.; per un punto di vista transalpino, invece, cfr. Y. BRULARD, *Les groupes et les procédures de pré-insolvence: le signe d'un changement de nature du nouveau règlement insolvabilité?*, in "Revue des procédures collectives", 2015, 1, dossier 4.

¹⁰ Non si è ritenuto opportuno, al contrario, estendere il Regolamento alle procedure di carattere confidenziale, nelle quali il debitore avvia trattative con alcuni creditori in vista di un rifinanziamento o di una riorganizzazione della propria impresa, senza tuttavia che tali trattative siano rese pubbliche (v. in tema P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione Europea*, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 2013, pp. 903 ss.): la ragione va ricercata in ciò che la natura contrattuale e il carattere confidenziale renderebbero difficile riconoscerne gli effetti in tutta l'Unione Europea, dal momento che un giudice o un creditore in un altro Stato membro non sarebbero al corrente della loro pendenza.

¹¹ V. G. MONTELLA, *Riconoscibilità ed abitualità del COMI*, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 2013, pp. 445 ss.; P. CATALLOZZI, *Il Regolamento europeo e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla Corte*, *id.*, 2006, pp. 1249 ss.; P. DE CESARI, *Diritto comunitario*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, Zanichelli, Bologna, 2006, I, pp. 202 ss.; *Id.*, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario: atti in vigore e funzione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 167 ss.; *Id.*, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2011; M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 43 ss.; G. MONTELLA - P. DE CESARI, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, Milano, 2009.

è stata rilevata l'assenza di norme relative alla insolvenza dei gruppi societari multinazionali¹²; infine, in considerazione del vincolo liquidatorio di una procedura secondaria, e della sua potenziale incidenza negativa sull'esito di una procedura principale conservativa, secondo la Commissione il giudice a cui è chiesto di avviare una procedura secondaria dovrebbe, su istanza del curatore della principale, poter rifiutare o rinviare la decisione qualora detta apertura non fosse necessaria ai fini della tutela degli interessi dei creditori locali; verrebbe meno anche la strada obbligata della liquidazione, consentendosi al giudice richiesto della secondaria di scegliere all'interno del ventaglio di procedure previste dal diritto interno¹³. Gli adattamenti, di conseguenza, come individuati dai primi commentatori¹⁴, possono così compendiarsi: il raggio d'azione europeo è stato esteso anche alle procedure di ristrutturazione del debitore nella fase in cui sussista soltanto una probabilità di insolvenza, e a quelle per cui il debitore mantenga un controllo totale o parziale dei suoi beni o dei suoi affari¹⁵; è stato ridefinito il concetto di COMI, e sono state selezionate misure per prevenire forme di trasferimento abusivo della sede (c.d. *forum shopping*)¹⁶; altresì è stata ridisegnata la disciplina re-

¹² Sul tema, tra i tanti, cfr. P. FAZZINI - M. WINKLER, *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedura di insolvenza*, in "Diritto del commercio internazionale", 2013, pp. 141 ss.; L. PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in "Le Società", 2013, pp. 1358 ss.

¹³ Sebbene i concetti stessi di recupero e di ristrutturazione, secondo G. MONTELLA, *Procedura principale conservativa versus procedura secondaria liquidatoria nel Regolamento (CE) n. 1346/2000*, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 2013, pp. 541 ss., sembrerebbero incompatibili con una pluralità di procedure, ciascuna delle quali relativa a una porzione della impresa stessa; sulle modifiche in tema di procedura secondaria cfr. anche C. PASINI, *La relazione della Commissione sull'applicazione del Regolamento (CE) n. 1346 del 2000: prospettive di riforma*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2014, pp. 693 ss.; L. PANZANI, *Il progetto della Commissione europea di riforma del Regolamento 1346/00*, in "www.il-fallimentarista.it"; F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra i formanti*, in "Il diritto fallimentare e delle società commerciali", 2004, I, pp. 102 ss.

¹⁴ V. C. GARLATTI, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla procedure di insolvenza (rifusione)*, cit., p. 510.

¹⁵ Considerando n. 10 del Regolamento 2015/848, liberamente consultabile sul portale www.eur-lex.europa.eu; altresì, si dice che il nuovo testo europeo dovrebbe essere esteso anche alle procedure di remissione del debito o di adeguamento del debito con riguardo ai consumatori e ai lavoratori autonomi, ad esempio mediante riduzione dell'importo che deve essere versato dal debitore o proroga del termine concesso a quest'ultimo.

¹⁶ M. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza transfrontaliera*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 2004, pp. 504 ss.; G. MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel regolamento CE n. 1346/2000*, in "Il Fallimento

lativa ai rapporti tra procedura principale e procedura secondaria, inserita la previsione di registri per l'insolvenza transfrontaliera e abbozzata una regolamentazione sui gruppi di società.

Trasversalmente, la Commissione, in risposta alla Risoluzione del 17 novembre 2011 del Parlamento europeo¹⁷, con la Raccomandazione del 12 marzo 2014 "su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza"¹⁸, sollecita gli Stati membri ad aggiornare le rispettive regolamentazioni nello spirito della riforma, secondo due grandi pilastri: da una parte, istituire un quadro giuridico che consenta la ristrutturazione efficace di quelle imprese sane, ma che versino in una difficoltà finanziaria per la quale sussiste una probabilità di insolvenza¹⁹; dall'altra, concedere al classico imprenditore onesto ma sfortunato una *second chance*, grazie ad una liberazione integrale e automatica, decorsi tre anni dalla data di apertura della procedura concorsuale -se liquidatoria-, o dall'attuazione del piano di risanamento -in caso di fenomeno conservativo-. A tal proposito gli Stati membri sono stati invitati a raccogliere, ad aggiornare o a inserire nel ventre dei singoli tessuti nazionali le soluzioni previste dal documento entro il termine (peraltro già decorso) del 14 marzo 2015; allo stato, però, risulta che né l'Italia²⁰ né i paesi oggetto del pre-

e altre procedure concorsuali", 2009, pp. 1293 ss.; M. FABIANI, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria (in margine a High Court of Justice (Leeds), 16 maggio 2003, Re daisytek Isa Ltd; Cour d'Appel Versailles, 4 settembre 2003, Klempa C. S.a.s. Isa Daisytek; Trib. Roma, 26 novembre 2003, Cirio Holding Luzembourg Sa; Trib Parma, 20 febbraio 2004, Eurofood)* in "Intl'Lis", 2004, pp. 95 ss.; M.BANDERA, *La sentenza Owusu, il "forum non conveniens" e i conflitti di giurisdizione fra Stati membri e Stati terzi*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 2007, pp. 1026 ss.

¹⁷ Liberamente consultabile sul sito www.europarl.europa.eu.

¹⁸ La quale, a differenza del Regolamento che presuppone la differenza dei diritti nazionali, assicurandone l'ordinata convivenza, spinge verso l'armonizzazione superando le singole discipline statali (così, U. MACRÌ, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/848*, in corso di pubblicazione su "Il Fallimento e altre procedure concorsuali").

¹⁹ È indiscutibile il fatto che l'individuazione della fase attuale del risanamento in presenza del rischio di insolvenza può costituire il giusto equilibrio tra il manifestarsi della vera e propria insolvenza, quando rimediarsi potrebbe risultare particolarmente difficoltoso o addirittura precluso, e la probabilità che al manifestarsi di alcuni fenomeni economici possano sussistere le condizioni per applicare le regole della ristrutturazione dell'impresa (letteralmente, G. Lo Cascio, *Il Rischio di insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., p. 733).

²⁰ Sulla prospettiva italiana cfr. i lavori di L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardi d'insieme*, in corso di pubblicazione su "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", e di U. MACRÌ, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/848*, cit.

sente contributo pare abbiano dato seguito alla sollecitazione, sebbene -si anticipa- molte delle misure previste nella Raccomandazione siano già radicate in siffatte tradizioni concorsuali.

Queste, in sintesi, le rette tracciate dagli Organismi sovranazionali europei; rette che tuttavia, a mio avviso, restano parallele e sono destinate a non incontrarsi mai, a meno di non volere esercitarsi in un'opera esegetica volta a considerare un documento come integrativo dell'altro: se è vero che il nuovo Regolamento estende, nel considerando n. 10, il suo spettro applicativo alle procedure ibride e a quelle di pre-insolvenza, altrettanto vero è che l'operabilità prevista dall'art. 1 rimane limitata a quelle procedure concorsuali pubbliche, certo, comprese quelle provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza, ma in cui, a fini di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione, il debitore comunque venga spossessato, in tutto o in parte del proprio patrimonio; diversamente, la Raccomandazione, a proposito della ristrutturazione preventiva, insiste verso l'introduzione di un quadro che consenta al debitore di ristrutturare la propria impresa al fine di evitare l'insolvenza, senza spossessamento alcuno²¹. Inoltre, nel nuovo Regolamento saltano all'attenzione sì i concetti di "controllo" giudiziario²² e di "debitore non spossessato"²³, ma sono declinati in una dorsale normativa che mantiene ancora il suo carattere liquidatorio. Ritengo, sommessamente, che questo *collage* non risulti sufficientemente adatto a rispondere a quelle esigenze emerse in occasione della relazione della Commissione sui dieci anni di applicazione del Regolamento n. 1346 del 2000.

Potrebbe argomentarsi, a modo di ancora di salvezza dei copiosi sforzi dei Vertici europei, che la *Refusion* del Regolamento investe procedure a totale o parziale spossessamento, lasciando invece alla Raccomandazione il compito di dirigere gli Stati membri verso l'introduzione di un quadro di ristrutturazione in cui il debitore possa operare senza essere divelto dalla gestione della propria impresa.

²¹ V. l'art. 6, lett. b), della Raccomandazione, secondo il quale il debitore dovrebbe mantenere il controllo della gestione corrente dell'impresa.

²² Con cui si intende la situazione in cui il giudice interviene esclusivamente se adito su ricorso di un creditore o di altre parti interessate.

²³ Considerato, dall'art. 2, n. 3, quel soggetto nei confronti del quale è stata aperta una procedura d'insolvenza che non implica necessariamente la nomina di un amministratore delle procedure di insolvenza, o il trasferimento integrale dei diritti e doveri di amministrazione dei beni del debitore a un amministratore delle procedure di insolvenza, e in virtù della quale, quindi, il debitore mantiene un controllo totale o almeno parziale sui suoi beni e affari.

Con relativa certezza, è proprio questo a mio avviso il punto critico dei documenti sopra rapidamente analizzati, e siffatte criticità vanno calate soprattutto nell'oggetto del presente lavoro: nell'allegato A del nuovo Regolamento, difatti, come *infra* si specificherà, i Vertici Europei hanno sorprendentemente dimenticato di inserire, tra le procedure croate destinatarie delle nuove norme europee dettate in tema di insolvenza transfrontaliera, la *Predstečajnoga Postupka*, che sostanzia una procedura preventiva, a tratti, vicina al nostro concordato preventivo. Si vede bene come sia difficilmente sostenibile il riconoscimento, all'interno dell'Unione Europea, ad esempio, della sospensione delle azioni esecutive e cautelari (prevista all'art. 68 della legge fallimentare croata) su beni localizzati in uno Stato membro diverso rispetto a quello di apertura della *Predstečajnoga Postupka*.

Molto probabilmente, la lacuna potrebbe essere spiegata nel *gap* temporale esistente tra l'entrata in vigore della legge sull'insolvenza croata, datata 2 settembre 2015, e quella della pubblicazione del Regolamento n. 848 del 2015, del cinque giugno, momento in cui ancora non si era nella consapevolezza che il legislatore croato avesse intenzione di predisporre una procedura concordata, a copertura giudiziaria, dagli effetti squisitamente concorsuali ed espandibili senza alcun timore al di là dei confini nazionali.

Ciò nonostante, detta procedura appare recuperabile, da un lato, grazie all'art. 1 del Regolamento medesimo, che ricomprende, nel suo campo di applicazione, le procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza e in cui, a fini di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione: "*a) un debitore è sprossessato, in tutto o in parte, del proprio patrimonio ed è nominato un amministratore delle procedure di insolvenza; b) i beni e gli affari di un debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza di un giudice, oppure c) una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali è concessa da un giudice o per legge al fine di consentire le trattative tra il debitore e i suoi creditori, purché le procedure per le quali è concessa la sospensione prevedano misure idonee a tutelare la massa dei creditori e, qualora non sia stato raggiunto un accordo, siano preliminari a una delle procedure di cui alle lettere a) o b)*"; dall'altro, può venire in sicuro soccorso anche la Raccomandazione del 12 marzo 2014.

Vero è, però, che, d'un tratto, la mancata individuazione di un istituto fortemente voluto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in sede di modifica della legge fallimentare croata, e di sicura riferibilità a quelle procedure ibride o di pre-insolvenza richiamate dai Documenti europei, non può che rappresentare un *punctum dolens* di una rinnovata norma-

tiva comunitaria dell'insolvenza che aveva, nelle sue dichiarazioni di principio, ben altre aspirazioni.

Al contrario, il rapporto tra la disciplina rumena dell'insolvenza e le sollecitazioni europee sembrerebbe, in verità, molto più simbiotico: nel sopracitato Allegato A vengono inserite la *Procedura insolvenței*, la *Reorganizarea judiciară*, la *Procedura falimentului*, e il *Concordatul preventiv*, procedure tutte caratterizzate -chi più, chi meno- da una concorsualità intesa quale incidenza generalizzata degli effetti prodotti dal tentativo di risoluzione della crisi del debitore, e nulla si lascia fuori dallo spettro applicativo del Regolamento, ad eccezione, coerentemente, del mandato *ad hoc* rumeno, in ragione della vocazione confidenziale e riservata che stride con la riconoscibilità pubblica degli effetti delle procedure concorsuali a spettro comunitario.

2. L'importanza di una Cross Border Insolvency Law italiana

Se, dunque, in ambito comunitario le istanze di armonizzazione e di riaggiornamento del diritto delle procedure concorsuali sono state oggetto di profondi ripensamenti che hanno portato, come detto, alla *refusion* del Regolamento n. 848 del 2015, e alla Raccomandazione della Commissione Ue del 12 marzo 2014, n. 135, diverso, invece, appare il rapporto tra il panorama extracomunitario dell'insolvenza e l'ordinamento italiano, nelle sue appendici legislative e giudiziarie, l'ultima delle quali intrisa ancora di una granitica resistenza municipale²⁴.

È noto come, infatti, l'ordinamento italiano abbia scelto di non dotarsi di una disciplina di diritto internazionale privato dell'insolvenza, pure a fronte di un aumento progressivo dei problemi relativi al riconoscimento e alla esecuzione di provvedimenti di apertura di una procedura concorsuale provenienti da territori collocati al di là dei confini europei, situazione che avrebbe dovuto sollecitare, com'è stato sostenuto a più riprese²⁵, un intervento in materia, soprattutto in considerazione delle numerose modifiche in cui avrebbe potuto trovare collocazione²⁶.

²⁴ La felice espressione è di M. FABIANI, *Riconoscimento di decisioni dichiarative di fallimento e resistenze giurisprudenziali municipali*, in "Int'l Lis", 2008, pp. 73 ss.

²⁵ Per tutti v. P. DE CESARI, *Diritto comunitario*, cit., p. 2013, che fa notare come, per la verità, l'unica generica disposizione sia costituita dal quarto comma dell'art. 9 l.fall., secondo il quale "sono fatte salve le convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione Europea".

²⁶ D'altra parte, nemmeno l'entrata in vigore del previgente Regolamento n. 1346 del 2000, ha avuto il merito di richiedere, al fine di evitare ingiustificate differenze di trattamento, di armonizzare il sistema italiano con la disciplina comunitaria; per uno sguardo

Un tentativo in senso contrario, in realtà, ad opera della commissione Trevisanato, era stato fatto: lo schema di d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali prevedeva, all'interno del Titolo VIII rubricato "Relazioni con altri ordinamenti statali", un sistema di regole relative alle questioni di giurisdizione e agli effetti delle decisioni straniere in Italia²⁷. È ben nota la sorte del lavoro della Commissione, a cui non ha fatto seguito alcun segnale internazional-privatistico degno di rilievo, con la conseguenza che, al contrario di numerosi Paesi stranieri²⁸ -i quali hanno scel-

ai contributi sul regime previgente, tra i molti, v. L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza. Competenza internazionale, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni straniere*, in "Rivista di diritto processuale", 2001, pp. 677 ss.; L. DANIELE, *Il regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in AA.VV., *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, pp. 289 ss.; V. STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in "Rivista di diritto internazionale", 2002, pp. 295 ss.; E.F. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, in "Giurisprudenza commerciale", 2004, I, pp. 900 ss.; C. FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali*, in *Rivista di diritto processuale*, 2004, pp. 707 ss.; S. VINCRE, *Il regolamento CE sulle procedure di insolvenza e il diritto italiano*, *ibid.*, pp. 213 ss.

²⁷ Schema che si può leggere, con *Presentazione* di M. FABIANI, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 2014, pp. 3 ss.

²⁸ L'adesione maggioritaria si è registrata intorno al modello di Cross Border Insolvency Law del 1997 predisposto dalla Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale (*United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral) – UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment*, in "Diritto del commercio internazionale", 1998, pp. 646 ss.), che costituisce un sistema legislativo completo, e pronto per essere introdotto nelle singole legislazione nazionali. Nel 2004, nel 2010 e nel 2013 hanno fatto seguito una Legislative Guide on Insolvency Law (consultabile liberamente su http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), una sul trattamento del gruppo di imprese insolvente (pubblicata su <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>), e un'ultima sugli obblighi degli amministratori nella crisi di impresa (su <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part4-ebook-E.pdf>), contenenti alcune *Recommendations* alle quali i legislatori nazionali devono attenersi nella elaborazione del proprio diritto dell'insolvenza. La *Model Law* dell'Uncitral, come detto, ha conseguito un discreto successo in molti dei Paesi europei e non: hanno adottato siffatto modello l'Australia (nel 2008), il Canada (nel 2005), il Cile (nel 2013) la Colombia (nel 2006), la Grecia (nel 2010), il Giappone (nel 2000), le Isole Mauritius (nel 2009), il Messico (nel 2000), il Montenegro (nel 2002) la Croazia (nel 1996), Nicaragua e Slovenia (nel 2009), la Nuova Zelanda (nel 2006), le Filippine (nel 2010), la Polonia (nel 2003), la Repubblica di Corea (nel 2006), la Romania (nel 2002), la Serbia (nel 2004), le Seychelles (nel 2013), il Sud Africa (nel 2000), l'Uganda (nel 2011) il Regno Unito (nel 2003) e la Repubblica di Vanuatu (nel 2013); sul tema v. P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione Europea e sugli altri Stati*, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 2014, pp. 366 ss.; C. VELLANI, *L'Uncitral model law on cross-border insolvency e l'affermarsi del principio dell'«universalità limitata»*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, IV, Giappichelli, Torino, pp. 581ss.; L. GHIA, *Gli obiettivi della Guida Legislativa sull'Insolvenza dell'UNCITRAL*, *id.*, 2005, pp. 1229 ss.; A. MAZZONI, *Cross-Border insolvency of multinational groups of compa-*

to di predisporre un modello di Cross Border Insolvency Law tra cui, peraltro, gli Stati oggetto del presente contributo-, di fronte a questioni riguardanti l'an e il *quomodo* del riconoscimento di un provvedimento di apertura di una procedura concorsuale extracomunitaria, attualmente, tra gli studiosi italiani del diritto internazionale privato dell'insolvenza non v'è alcuna certezza.

Certezza che si allontana soprattutto se si pensa alla *vexata quaestio* dell'applicabilità della legge di riforma del diritto internazionale privato italiana, del 31 maggio 1995, n. 218, alla materia del diritto dell'insolvenza²⁹.

nies: proposals for an european approach in the light of the Uncitral approach, in "Diritto del commercio internazionale", 2010, pp. 755 ss.; P. GOTTWALD, *Le insolvenze trans-frontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1999, pp. 149 ss.; C. ESPLUGUES, *The Uncitral model law of 1997 on cross border insolvency: an approach*, in "Diritto del commercio internazionale", 1998, pp. 657 ss.; C. PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in "Rivista di diritto processuale", 2003, pp. 997 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in "Int'l Lis", 2002, pp. 82 ss.; G. LO CASCIO, *Crisi e rinnovamento delle procedure concorsuali*, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 1998, pp. 990 ss.

²⁹ In effetti la legge di riforma non si occupa direttamente della materia fallimentare, ma nemmeno contiene una esplicita esclusione (in questo termini v. C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale alla insolvenza straniera*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 356 ss.) Per una analisi del regime precedente l'entrata in vigore della legge di diritto internazionale privato v. G. CARELLA, Voce *Sentenza civile straniera*, in *Enciclopedia del diritto*, Treccani, Milano, 1989, pp. 1272 ss. Nella impossibilità di offrire una completa ostensione dei lavori in materia, i contributi di cui si da conto rappresentano soltanto parte di una non meno florida, copiosa e autorevole elaborazione: M.G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Giuffrè, Milano 2001; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Giappichelli, Torino, 2007; C. CONSOLO, Voce *Sentenze straniere (riconoscimento)*, in AA.VV., *Il diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, diretto da S. PATTI, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 324 ss.; ID., *Il nuovo rito sommario (a cognizione piena) per il giudizio di accertamento dell'efficacia delle sentenze straniere in Italia dopo il d.lgs. 150/2011*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 2012, pp. 513 ss.; S. BARIATTI, Voce *Sentenza straniera*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XVII, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 330 ss.; B. COSTANTINO, Voce *Sentenza (riconoscimento ed esecuzione delle sentenze civili straniere)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2000; E. D'ALESSANDRO, *Exequatur secondo la Conv. Bruxelles ed applicazione delle forme dell'art. 67 l. 218/1995*, in "Int'l Lis", 2007, pp. 22 ss.; ID., *L'oggetto del giudizio di riconoscimento ed il relativo onere di allegazione e prova secondo la S.C., id.*, 2004, pp. 80 ss.; D. VOLPINI, *Il riconoscimento del giudicato statunitense, id.*, 2007, pp. 88 ss.; A. CARLEVARIS, *Il nuovo procedimento per accertare l'efficacia delle sentenze straniere e le prime difficoltà applicative*, in "Rivista di diritto internazionale", 1999, pp. 1005 ss.; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2011, pp. 146 ss.; F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, Utet, Torino, 2001, pp. 185 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 22 ss.; M. MONTANARI, *La Cour de cassation apre ai rimedi in personam contro l'azione esecutiva promossa dal singolo creditore concorsuale sui beni esteri del fallito*, in "Int'l Lis", 2004, pp. 76 ss.

Ciò nonostante, in dottrina si registra un consenso quasi plebiscitario in ordine all'operabilità, a proposito dei provvedimenti extracomunitari di apertura di una procedura di insolvenza, del riconoscimento automatico dell'art. 64, l. n. 218/1995³⁰.

A ben guardare, se è vero che nell'immediatezza della entrata in vigore della disciplina di diritto internazionale privato italiano si registrava qualche voce contraria alla sua applicazione, in seguito al varo della normativa comunitaria sulla insolvenza transfrontaliera, a fronte della necessità della libera circolazione effettiva delle decisioni, si è andato assestando un consolidato orientamento tollerante a proposito della estensione alla materia della crisi d'impresa³¹. La tradizionale *summa divisio* tra effetti dichiarativi e costitutivi, da una parte, ed effetti esecutivi, dall'altra, dei provvedimenti di apertura di una procedura concorsuale spiegherebbe perché, ed in che misura, l'art. 64 della l. n. 218 del 1995 sarebbe applicabile al campo dell'insolvenza: è senz'altro vero che l'aspetto

³⁰ In questo senso v. C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale alla insolvenza straniera*, cit., p. 479.

³¹ Per le letture contrarie alla estensione della disciplina di diritto internazionale privato alla materia crisi cfr. S.M. CARBONE, *Fallimento internazionale tra riforma italiana e diritto uniforme*, in "il Fallimento e altre procedure concorsuali", 1998, pp. 946 ss., che segnala l'autonomia della disciplina della materia fallimentare; G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Un'eccezione pattizia ai principi di indelibabilità delle sentenze dichiarative di fallimento e di inesistenza di effetti anticipati delle sentenze di riconoscimento*, in "Giurisprudenza italiana", 1998, pp. 1159 ss., per i quali la riconoscibilità comporterebbe la inaccettabile conseguenza di impedire l'applicazione di un intero sistema normativo di valenza pubblicistica territoriale di applicazione necessaria; di diverso avviso appare C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale alla insolvenza straniera*, cit., p. 479, il quale ritiene che la normativa italiana regolatrice dei dissesti non rientri nell'area delle norme di applicazione necessaria, per le quali è escluso l'operare della l. n. 218 del 1995; similmente P. GOTTWALD, *Le insolvenze trans-frontaliere*, cit., p. 170; v. F. DE SANTIS, *La dichiarazione di fallimento. Giurisdizione e competenza*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare*, I, diretto da V. BUONOCORE, A. BASSI, 2010, Giuffrè, Milano, pp. 235 ss.; C. CARRARA, *Giurisdizione italiana in materia fallimentare ed effetti del fallimento dichiarato all'estero*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, I, diretto da L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, Utet, Torino, 2010, pp. 465 ss.; A. LUPONE, *L'insolvenza transnazionale - Procedure concorsuali nello stato e beni all'estero*, Cedam, Padova, 1995, pp. 271 ss.; N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, Utet, Torino, 1996, pp. 153 ss.; L. BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare in Italia*, Università degli Studi di Trento, 2008; G. LO CASCIO, *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1998, 64; F. DIMUNDO, *Procedimento*, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, coordinato da G. LO CASCIO, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 278 ss.; V. SALERNO, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1998, pp. 5 ss.; G. SARMORI, *Conflitti di competenza nell'apertura delle procedure concorsuali*, Esi, Napoli, 2002, pp. 235 ss.; nello specifico, segnala il bisogno di una circolazione effettiva dei provvedimenti giurisdizionali M. FABIANI, *Riconoscimento di decisioni dichiarative di fallimento e resistenze giurisprudenziali municipali*, cit., p. 73.

centrale delle procedure fallimentari è quello esecutivo -per il quale sarebbe necessario, invece, il procedimento di cui all'art. 67 della legge cit.³²)-, ma non bisogna affatto tralasciare gli effetti dichiarativi e costitutivi prodotti da una tale pronuncia, i quali, con ragionevole certezza, ben collimano con il principio del riconoscimento automatico previsto dall'art. 64 della l. n. 218 del 1995; tra questi sono da ricomprendere quelli derivanti dall'art. 43 l.fall. e quelli relativi all'art. 88, comma secondo, l.fall.; ad opposta considerazione andrebbero incontro, invece, lo spossamento dei beni in Italia e il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali, non coperti dalla norma *de qua*³³.

Di conseguenza, sommessamente dico che l'accertamento portato da una sentenza straniera è, di per sé, idoneo ad operare nel nostro ordinamento, così come all'ordinamento della Stato di provenienza va fatto invero riferimento per intendere il significato degli effetti della decisione, non potendo il riconoscimento, naturalmente, produrre effetti maggiori o diversi da quelli prodotti in quello d'origine. A ciò conseguirebbe che, in assenza di una norma pattizia, non vi sarebbero ragioni sufficientemente valide per impedire l'ingresso nel nostro ordinamento di provvedimenti stranieri di apertura di una procedura concorsuale, non essendo l'effetto esecutivo l'unico che consegue ad una sentenza dichiarativa: com'è stato correttamente sostenuto, non si vede perché effetti diversi non possano avere un regime differenziato di ingresso nel nostro ordinamento, vale a dire, nel rispetto dei principi generali del diritto internazionale privato, un automatico riconoscimento degli effetti dichiarativi e costitutivi³⁴.

³² Così ancora M. FABIANI, *Riconoscimento di decisioni dichiarative di fallimento e resistenze giurisprudenziali municipali*, cit., p.74.

³³ Per la produzione degli effetti previsti dall'art. 43 l.fall., v. G. MONTELLA, *Riconoscimento ed effetti in Italia delle decisioni extracomunitarie di insolvenza*, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 2008, pp. 574; ss. V. SALERNO, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare*, cit., p. 35; C. PROTO, *Diritto Fallimentare internazionale*, in AA.VV., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, diretto da L. PANZANI, Torino, 1999, pp. 457 ss.; per la produzione degli effetti previsti dall'art. 88, secondo comma, l. fall., cfr. C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale alla insolvenza straniera*, cit., p. 497; addirittura, per A. ZACCARIA, sub art. 9, in AA.VV., *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 38 ss., il riconoscimento automatico non potrebbe estendersi in assoluto alle sentenze straniere di fallimento, trattandosi di provvedimenti che necessitano di esecuzione forzata e, come tali, filtrabili in Italia solo a seguito del procedimento previsto dall'art. 67.

³⁴ *Expressis verbis*, C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale alla insolvenza straniera*, cit., p. 482, che nota come non va dimenticato che il curatore straniero potrebbe anche non avere alcuna esigenza o volontà di introdurre nel nostro ordinamento effetti di tipo esecutivo, essendogli sufficienti i profili connessi alla sua legittimazione.

Da un punto di vista squisitamente processuale, invece, la sentenza straniera sarebbe riconoscibile in Italia se, nel procedimento promosso da chi intenda farla valere, non emerga alcuno dei fatti impeditivi di cui all'art. 64³⁵, e si riscontrino, invece, le condizioni positive di cui alla medesima disposizione, non essendo il nostro ordinamento ispirato ad una logica di natura territoriale³⁶. L'analisi dell'efficacia ulteriore a quella di mero accertamento, al contrario, andrebbe sì svolta con riferimento alla legge sostanziale dell'ordinamento d'origine, ma con l'attenzione rivolta al fatto che l'esecuzione segue comunque la nostra legge pro-

³⁵ La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: "a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico".

A proposito della genericità della locuzione di cui alla lettera c) "non sono stati violati i diritti essenziali della difesa", e della sua applicazione nella materia concorsuale, ci si è interrogati sulla possibilità che la stessa possa riferirsi a soggetti diversi dal debitore, con la conseguenza di giungere a negare il riconoscimento delle sentenze straniere di fallimento che prevedano un trattamento discriminatorio per i creditori italiani, diniego che potrebbe essere sostenuto anche sulla base del riferimento alla contrarietà all'ordine pubblico (in questo senso v. C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale alla insolvenza straniera*, cit., p. 484). Sul punto relativo alla lettera d), invece, è stato rilevato come un dubbio sulla riconoscibilità delle sentenze straniere di fallimento possa essere alimentato se si confronta la nozione di sentenza ipotizzata dal nostro legislatore, con la struttura della sentenza di fallimento secondo il modello italiano: non avendo il procedimento dichiarativo di fallimento quelle condizioni garantiste che circondano un processo di cognizione vero e proprio, l'esame comparativo dovrà essere condotto con modalità meno rigide e conformi ad un modello processuale semplificato, quale è quello del procedimento di cui all'art. 15 l.fall. (in questo senso M. FABIANI, *Riconoscimento di decisioni dichiarative di fallimento e resistenze giurisprudenziali municipali*, cit., p. 77). Per una curiosa disanima del rapporto tra il principio dell'ordine pubblico e la sua possibile violazione, nella ipotesi di deroga al principio della esclusività dello stato passivo determinata dal riconoscimento di un provvedimento di condanna straniero ai danni di un debitore sottoposto a procedura concorsuale, mi si permetta di rinviare a G. CARMELLINO, *Ordine pubblico, principi di diritto concorsuale e riconoscimento di condanna statunitense*, in "Int'l Lis", 2015, pp. 23 ss., nota di commento ad Appello Bologna, 18 luglio 2014.

³⁶ Così L. BACCAGLINI, *Riconoscimento di un provvedimento straniero dichiarativo di uno stato di insolvenza ed efficacia del divieto di azioni esecutive singolari in Italia. La confermata ritrosia della giurisprudenza italiana*, in "Int'l Lis", 2008, pp. 12 ss.

cessuale³⁷. Per esempio, sono pacificamente sostenibili le tesi per cui il curatore straniero può esercitare la legittimazione processuale del fallito³⁸, o trascrivere la sentenza nei pubblici registri, non potendo, al contrario, sostituirsi nel potere di amministrare il patrimonio del fallito in assenza del procedimento di cui all'art. 67, l. n. 218 del 1995³⁹; altresì, un consenso è andato registrandosi sulla riconoscibilità di una sentenza straniera che dichiari l'insolvenza di un debitore non commerciante, di quella che estenda la procedura ai soci illimitatamente o limitatamente responsabili, o, in ultimo, di una assunta oltre i limiti temporali del recesso o della cessazione dell'attività di impresa fissati nella nostra legislazione nazionale⁴⁰.

Se la letteratura pare tendenzialmente concorde, dunque, sull'operabilità della disciplina di diritto internazionale privato alla materia concorsuale, la stessa conformità di vedute non si registra nei repertori giurisprudenziali, che anzi mostrano forti resistenze al riconoscimento dei provvedimenti pronunciati in materia di crisi con lo strumento previsto dall'art. 64 l. n. 218 del 1995: è attualissimo tra i giudici, infatti, il principio contrario secondo il quale *"le sentenze straniere extracomunitarie di apertura di una procedura fallimentare non producono automaticamente efficacia in Italia, poiché il nostro ordinamento non accede al principio della universalità delle pronunce di insolvenza, bensì, come si evince dalla lettura dell'art. 9, terzo comma, l.fall., a quello della territorialità"*⁴¹.

Ma non convenire con la letteratura maggioritaria non significa perciò solo negare in assoluto che gli effetti prodotti da provvedimenti di matrice concorsuale non possano trovare ingresso nel nostro ordinamento;

³⁷ Il punto si pone a proposito della verifica della ammissibilità in Italia della produzione dell'effetto dello spossessamento eventualmente prodotto nello Stato d'origine del provvedimento riconosciuto.

³⁸ Potrebbe esercitare l'azione revocatoria ordinaria (in questo senso C. PROTO, *Diritto Fallimentare internazionale*, cit., p. 457; contrariamente L. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Cedam, Milano, 1987, pp. 159 ss., secondo il quale il curatore potrebbe solamente aggredire i beni nella libera disponibilità del fallito, ed intervenire nella eventuale esecuzione individuale pendente in Italia o partecipare alle procedure concorsuali ivi aperte).

³⁹ C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale alla insolvenza straniera*, cit., p. 498, nega, anche a fronte del riconoscimento ex art. 67 l. n. 218 del 1995, l'operabilità del divieto di azioni esecutive individuali, dovendo gestire il diritto quest'aspetto dell'insolvenza transfrontaliera attraverso lo strumento del coordinamento tra procedure concorrenti in Stati diversi.

⁴⁰ Ancora, C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale alla insolvenza straniera*, cit., p. 501.

⁴¹ In questo senso Trib. Milano, 30 ottobre 2014, in *"Il Fallimento e altre procedure concorsuali"*, 2015, pp. 693 ss., con (si vis) Osservazioni di G. CARMELLINO,

il punto è, infatti, che la giurisprudenza -di maniera invero altalenante⁴²- ha fatto uso di strumenti alternativi al procedimento di riconoscimento previsto nella legge di riforma del diritto internazionale privato, con ciò rafforzandosi il bisogno di una regolamentazione *ad hoc*⁴³.

Da quanto detto si evince *ictu oculi* il disagio scientifico e, soprattutto, pratico, che si accusa intorno all'assenza di una Cross Border Insolvency Law⁴⁴, disagio reso ancora più evidente, da una parte, dal di-

⁴² Prima della entrata in vigore della l. n. 218 del 1995, i giudici di legittimità pare fossero propensi ad equiparare la sentenza straniera di fallimento a qualsiasi altro provvedimento straniero (così Cass., SS.UU., 3 ottobre 1995, n. 10388, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 1996, pp. 250 ss.); inoltre si segnala che la tematica aveva costituito oggetto di approfondimento anche nella decisione delle stesse SS.UU., 9 dicembre 1991, n. 12031, in "Giurisprudenza italiana", 1991, I, pp. 909 ss., sebbene in quella ipotesi fosse stata affrontata dall'angolo di visuale della procedura fallimentare italiana che rivendicava il divieto di azioni esecutive nell'ordinamento svizzero; qualche apertura espressa, invece, si riscontra nel provvedimento del Trib. Parma, 10 ottobre 2006, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 2007, pp. 766 ss., per il quale una sentenza straniera di apertura di una procedura concorsuale, qualora non siano soddisfatte le condizioni per il suo riconoscimento automatico dettate dall'art. 64 l. n. 218/1995, in particolare per non essere ancora passata in giudicato secondo la legge straniera, non preclude ai creditori, ai sensi dell'art. 51 l.fall., di proporre in Italia azioni esecutive individuali, ivi comprese le misure cautelari che costituiscono forme anticipate di esecuzione forzata, come il sequestro conservativo; nello stesso senso, sia pure *a contrario*, cfr. Cass., 10 gennaio 2001, n. 283, *id.*, 2001, pp. 726 ss.

⁴³ Trib. Milano, 30 ottobre 2014, cit., p. 693, chiamato a decidere sulla interruzione di un procedimento pendente in Italia quale effetto automatico dell'apertura di una procedura concorsuale svizzera, se, da una lato, nega il riconoscimento di un tal provvedimento, dall'altro recupera l'operatività dell'evento interruttivo facendo leva sulla disposizione dell'art. 25, secondo comma, collocata nella stessa legge n. 218 del 1995: in motivazione si può leggere che, mentre gli effetti tipicamente fallimentari di una procedura concorsuale aperta all'estero sono regolamentati in Italia dai consueti meccanismi di recepimento, la perdita della capacità processuale andrebbe valutata in base alla legge del luogo in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione. Di talché, incidendo il provvedimento estero di fallimento sulla capacità di agire medesima dell'ente, la conclusione ritenuta ovvia è stata quella della interruzione automatica del processo italiano, a prescindere dal riconoscimento degli effetti tipicamente dispiegati dall'apertura della procedura di insolvenza extracomunitaria. Ancora, Cass., 29 luglio 2005, n. 15946, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 2006, pp. 267 ss., con nota di critica di M. CATALDO, *Il curatore fallimentare dello straniero nel processo italiano*, ha ritenuto dotato di capacità processuale il curatore di un fallimento straniero in virtù dell'art. 23 della legge di riforma di diritto internazionale privato. In sintonia con la pronuncia milanese, relativamente al principio della territorialità, v. Trib. Napoli, 10 gennaio 2008, in "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", 2008, pp. 571 ss., secondo cui la decisione straniera di insolvenza riconosciuta può produrre in Italia tutti gli effetti suoi propri, solo allorché valga il principio di universalità del fallimento ovunque dichiarato: nella specie il giudice ha ritenuto assorbente la valenza ordinamentale del principio opposto.

⁴⁴ Per giustificare il riconoscimento, nel nostro ordinamento, del provvedimento di nomina del curatore fallimentare del debitore insolvente straniero si è addirittura richiamato l'art. 65 della l. 218 del 1995, relativo alla capacità delle persone (*contra* v. P. DE CE-

verso (e a tratti più maturo) atteggiamento dei legislatori nazionali stranieri di fronte alle problematiche internazionalistiche dell'insolvenza, e, dall'altra, dal silenzio che si registra nel contesto europeo: se nessuna indicazione sembra provenire dal nuovo Regolamento n. 848 del 2015, il documento n. 1215 del 2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, addirittura esclude, dal suo ambito di applicazione, i fallimenti, le procedure relative alla liquidazione di società o altre persone giuridiche che si trovino in stato di insolvenza, i concordati e le procedure affini⁴⁵.

Chissà che le suesposte ragioni non possano contribuire e fungere da stimolo per una rivisitazione normativa dell'aspetto d'interesse, alla maniera di quanto già percorso, come detto, dalla Commissione Trevisanato nel 2005, soprattutto se si pensa ai lavori in seno alla Commissione per la Riforma della legge fallimentare, a cui è stato devoluto il compito di elaborare un nuovo Testo Unico Sull'Insolvenza⁴⁶.

Solo il tempo saprà dirci.

3. Un panorama concorsuale balcanico: Croazia e Romania

3.1. La normativa della Republika Hrvatska: una breve introduzione

In sintonia con le pratiche nazionali e europee, il processo di continua rivisitazione del diritto della crisi di impresa ha interessato anche la Repubblica Croata⁴⁷: la legge fallimentare, sin dalla sua entrata in vigore, è stata modificata nel 1999, nel 2000, nel 2003, nel 2006, nel 2010,

SARI, *Diritto comunitario*, cit., p. 211; C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale alla insolvenza straniera*, cit., p. 482; M.G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 44; M. FABIANI, *Riconoscimento di decisioni dichiarative di fallimento e resistenze giurisprudenziali municipali*, cit., p. 76, secondo cui questa tesi sembra enfatizzare un profilo che non regge il confronto con tutto ciò che una sentenza di fallimento rappresenta).

⁴⁵ V. l'art. 1, lettera b).

⁴⁶ Istituita con decreto del Ministero della Giustizia del 28 gennaio 2015, consultabile su www.ilfallimentarista.it/sites/default/files/uploads/pdf/Commissione%20Ministeriale_riforma_lfall.pdf.

⁴⁷ Anche se D. BODUL, A. VUKOVIĆ, *(Još jedna) reforma ste ajnog zakonodavstva – funkcionalizacija ste ajno pravne zaštite ili placebo efekt?*, in "Zbornik Pravnog fakulteta Sveuilišta u Rijeci", 2015, p. 181 ss., notano come, in effetti, il diritto fallimentare non possa risolvere tutti i problemi dell'economia, ma potrebbe al più consentire solo delle protezioni più all'avanguardia per i creditori; per un'analisi del fenomeno v. I. T. ŽIKOVIĆ, D. BODUL, N. TOMAS, *Pitanja pravnog transplantiranja ste ajnog zakonodavstva: kolizija pravne tradicije i ekonomskih imbenika*, in "Zbornik Pravnog fakulteta Sveuilišta u Rijeci", 2014, pp. 55 ss.

nel 2012⁴⁸ e, da ultimo, nell'anno in corso, con l'intervento del 12 giugno 2015, n. 78⁴⁹, che abroga parzialmente la legge sulle transazioni finanziarie e sugli accordi preventivi alla procedura fallimentare⁵⁰.

Ebbene, nella prospettiva che in questa sede ci occupa, vale a dire la verifica della competitività e della appetibilità dei sistemi normativi radicati al di là dell'adriatico, l'analisi si concentrerà sul testo croato di recentissima approvazione, naturalmente solo nella parte in cui concede agli operatori economici una procedura concorsuale preventiva (che sostituisce l'istituto del c.d. *Predstečajne Nagodbe*⁵¹), e nella parte in cui disegna una disciplina dell'insolvenza che fa proprio il modello Uncitral⁵² (sebbene poco sia cambiato rispetto alla già presente regolamentazione, fatta eccezione per la collocazione fisica all'interno del documento appena entrato in vigore)⁵³.

Si anticipa che le modifiche intervenute, almeno nel segmento relativo alla procedura preventiva al fallimento, pare non abbiano tenuto in debito conto la possibilità di una risoluzione della crisi sciolta dalla concorsualità che caratterizza il procedimento di cui agli artt. 2 e ss. della nuova *Stečajni Zakon*. Non so bene se ciò sia da attribuire a una macroscopica distrazione del legislatore o se, al contrario, l'attualissima dorsale regolamentare sia frutto di una scelta consapevole.

Un dato, però, pare indiscutibile: il nuovo testo interviene per correggere quei difetti e quegli errori più volte denunciati dalla dottrina in ordine all'istituto del *Predstečajne Nagodbe* (un lontano parente degli italiani Accordi di Ristrutturazione, su cui v. *infra* 3.1.1.) contenuto nella *Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*. Quest'assunto potrebbe portare a ritenere, con relativo margine di certezza, che la scelta legislativa sia stata oggetto di scrutinio e approfondimento sulla scia dei suggerimenti e delle segnalazioni proveniente dalla pratica.

Vero è, però, che una esclusione aprioristica di modelli negoziali alternativi alle soluzioni concorsuali non convince, e non convince per due motivi, l'uno riflesso dell'altro: in primo luogo, i protagonisti della cri-

⁴⁸ Nn., 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12 e 133/12.

⁴⁹ Ed entrata in vigore il due di settembre.

⁵⁰ La c.d. *Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*.

⁵¹ Sui quali si veda *infra* 3.1.1.

⁵² v. Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency liberamente consultabile su www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf.

⁵³ Sulla individuazione di quali e di quante norme dovrebbe contenere una moderna Cross Border Insolvency Law v. il lavoro di J. GARAŠIĆ, *Recognition of Foreign Insolvency Proceedings: The Rules that a Modern Model of International Insolvency Law Should Contain*, in "Yearbook of Private International Law", 2005, Volume 5, pp. 333 ss.

si potrebbero comunque decidere di risolvere il contrasto attraverso una soluzione di matrice contrattuale, perché a me pare che nessun divieto sussista allo stato della normativa croata; in secondo luogo, tuttavia, gli effetti di una eventuale scelta di questo tipo non troverebbero protezione alcuna, che si allaccia solo alla procedura preventiva di nuovo conio⁵⁴.

Dalla prospettiva, invece, del diritto internazionale privato dell'insolvenza, al contrario, la Croazia ha qualcosa da offrire in termini di importazione, nel nostro ordinamento, di soluzioni internazionali: il diritto croato, come detto, ha fatto propri i principi e le direttive del modello Uncitral; in un'epoca di internazionalizzazione e di globalizzazione del diritto fallimentare e del diritto dell'economia, alla luce della instancabile propaganda della cooperazione tra gli Stati, la regolamentazione delle condizioni del riconoscimento di una procedura concorsuale straniera, e dei suoi effetti, non può (e non deve) essere più vista come un fenomeno avanguardista, bensì dovrebbe rappresentare la regola, in ragione del fatto che la presenza di regole di tal fatta conferisce una maggiore certezza a tutti quegli operatori economici che sconfinano con la propria attività oltre le dogane nazionali⁵⁵.

Di siffatta disciplina, nella nostra penisola, non v'è traccia e, come detto in altre sedi del presente contributo, si auspica che le ipotesi di lavoro della Commissione per la riforma della legge fallimentare, chiamata ad ipotizzare una revisione globale della disciplina concorsuale, abbiano preso in considerazione un modello di Cross Border Insolvency Law, sì da evitare i continui (e a tratti contestati) richiami alla disciplina del diritto internazionale privato contenuta nella l. n. 218 del 1995 che, si ripete, nulla dice a proposito delle procedure concorsuali.

3.1.1. *Uno sguardo al passato*

La normativa fallimentare croata, originariamente, gravitava intor-

⁵⁴ Si vede bene come in Croazia potrebbero attualizzarsi, almeno secondo me, le medesime problematiche verificatesi a proposito degli accordi stragiudiziali propri della esperienza del decennio 1990-2000; sul punto si veda M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, pp. 115 ss.; A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria*, in "Il fallimento e altre procedure concorsuali", 2005, pp. 1453 ss.; G. ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in "Rivista delle società", 1996, pp. 312 ss.

⁵⁵ Tanto che J. GARAŠIĆ, *Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka prema hrvatskom pravu*, in "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagreb", 2006, pp. 588 ss. segnala come il legislatore croato sia stato uno dei primi in Europa a predisporre, nel 1996, una disciplina di diritto internazionale privato dell'insolvenza.

no alla sola procedura di liquidazione concorsuale, avente gli scopi di realizzare l'attivo del debitore e di ripartirne il ricavato tra i creditori⁵⁶; al suo interno si innestava la possibilità di proporre un piano, che potremmo paragonare al nostro concordato fallimentare, volto alla chiusura della procedura fallimentare⁵⁷.

Al contrario, le regole del diritto della crisi di impresa non prevedevano alcun istituto rivolto alla ristrutturazione di matrice stragiudiziale, ma tale lacuna veniva giustificata in ragione dell'esistenza di alternative provenienti dalle esperienze della mediazione, dell'arbitrato e del diritto commerciale, applicabili anche ai rapporti tra creditori e debitore in crisi⁵⁸.

In seguito alla recessione economica del 2009, la quale ha inciso negativamente sul mercato croato, con particolare riguardo alle piccole e medie imprese che ne hanno nell'immediato risentito in veste di problemi di illiquidità⁵⁹, il bisogno della presenza di rimedi della specie di cui sopra si è fatto più stringente, avendo la procedura fallimentare una vocazione quasi completamente liquidatoria, ed essendo la ristrutturazione e la continuazione dell'attività di impresa delle eccezioni davvero infrequenti.

A tal proposito, il Governo croato, nel corso del 2012, ha varato la *Zakon o financijskom poslovanju i predste ajnoj nagodbi*⁶⁰, con la quale ha introdotto uno strumento giuridico dalle caratteristiche duali avente i propositi di contribuire alla guarigione dell'economia di mercato, di consentire al debitore in crisi di riacquistare liquidità e solvenza attraverso una ristrutturazione finanziaria, e di permettere ai creditori di ottenere una soddisfazione migliore di quella che avrebbero ottenuto nella ipotesi di liquidazione fallimentare: i *Predste ajnoj Nagodbi*⁶¹.

⁵⁶ Per una esperienza storico-manualistica della disciplina previgente cfr. M. DIKA, *Insolventijsko pravo*, Zagreb, Pravni fakultet, 1998; V. BULJAN, *Četvrta novela Stečajnog zakona*, Zagreb, Narodne novine, 2006; N. RADIĆ, Z. MIHAJLOVIĆ, *Priručnik za vođenje stečajnog postupka*, Zagreb, Poslovniz Bornikm, 2001.

⁵⁷ Cfr. D. SAJTER, *Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj*, in "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", 2010, pp. 729 ss.

⁵⁸ Sul punto v. M. VUKELIĆ, *Overview of Croatian bankruptcy system*, Zagreb, 2007, pp. 8 ss., secondo il quale le parti avrebbero potuto raggiungere un accordo extragiudiziale, o inserire nei loro contratti una clausola compromissoria.

⁵⁹ Con il rischio di fallimenti a cascata e la perdita di migliaia di posti di lavoro.

⁶⁰ Il principio di fondo della legge in parola è rappresentato dalla risoluzione delle controversie insorte tra i creditori e il debitore in crisi.

⁶¹ In tema si registra una feconda produzione letteraria; in questa sede basta rinviare ai lavori di A. MAGANIĆ, *Pravna sredstva protiv predstečajne nagodbe*, in "Zbornik Pravnog Fakulteta U Zagreb", 2015, pp. 409 ss.; P. BANOVIĆ, *Financijsko restrukturiranje prema zakonu o financijskom poslovanju i predstečajna nagodba*, in "Računovodstvo revizija i financije", 2013, p. 196 ss.; A. MAGANIĆ, B. DAMINANAC, *Pravna priroda predstečajne nagodbe*, in "Informator",

In sintesi, questa forma di risoluzione alternativa ancipite, che ha provocato forti critiche⁶², si caratterizzava per una prima fase amministrativa retta dall'Agenzia Finanziaria Croata, che poteva essere attivata esclusivamente del debitore, là dove non fossero trascorsi sessanta o ventuno giorni decorrenti dalla conoscenza, rispettivamente, della illiquidità o dell'insolvenza.

Da un punto di vista soggettivo, al di sotto di un passivo pari ad Euro 266,66, la procedura non poteva essere avviata; diversamente, l'aumentare della soglia debitoria determinava una modifica della competenza: generalmente, le proposte erano presentate dinanzi ai Centri Regionali dell'Agenzia Finanziaria croata; là dove, invece, il passivo superasse l'importo di 10.000.000 di Kune (pari ad Euro 1.333.333,00), competente a conoscere la fase preliminare era il Comitato Regolamentare di Zagabria⁶³.

A quanto pare, la procedura veniva aperta sulla base della sola verifica, ad opera dell'organo amministrativo, dei presupposti di cui sopra, con l'effetto della improseguibilità e della improcedibilità di azioni individuali ed esecutive a far data dalla pubblicazione della decisione di apertura. Lo scopo della prima fase si sostanziava nel veicolare rapidamente il Piano di Ristrutturazione Finanziaria verso il voto, Piano che doveva essere accompagnato da un elenco delle posizioni creditorie sì da permettere l'individuazione della legittimazione al voto, e da una proposta tendenzialmente aperta, quanto al contenuto, e non tassativa.

Ai fini del voto, i creditori venivano distinti in tre classi: crediti statali, crediti verso istituzioni finanziarie e altri creditori.

Nella ipotesi in cui i creditori rappresentanti la maggioranza assoluta non fossero in sintonia con la proposta del debitore, era prevista la

2015, pp. 1 ss.; N. ŠIMUNEC, *Izmjene i dopune zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*, in "Računovodstvo revizija i financije", 2013, pp. 146 ss.; J. ČUVELJAK, *Novosti u predstečajnoj nagodbi*, in "Pravo i Porezi", 2013, pp. 40 ss.; ID., *Uredba o izmjenama i dopunama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*, in "Hrvatska ravna revija", 2013, pp. 41 ss.; M. PAVLOVIĆ, *Sklapanje predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom*, id., 2014, pp. 75; D. BODUL, A. VUKOVIĆ, *Institut stečajnog plana i predstečajne nagodbe - neka poredbeno - pravna iskustva*, ibid., 48; J. ČUVELJAK, in AA.VV., *Stečajni zakon s komentarom i sudskom praksom i zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodi s komentarom*, a cura di J. ČUVELJAK, Zagreb, Zgombi & Partneri, 2013, pp. 65 ss.

⁶² Si veda, in tema, J. GARAŠIĆ, *Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012*, in AA.VV., *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku - Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, Liber amicorum Mihajlo Dika*, a cura di A. UZELAC, J. GARAŠIĆ, A. MAGANIĆ, Zagreb, Pravni Fakultet, 2013, pp. 469 ss.

⁶³ In tema cfr. N. MARKOVIĆ, *Ovlaštenja suda u okviru instituta predstečajne nagodbe*, in AA.VV., *Hrvatsko insolventijsko pravo*, a cura di A.J. BARBIĆ, Zagreb, Academia scientiarum et artium croatica, 2014, pp. 69 ss.

possibilità di competere con un Piano di Ristrutturazione alternativo il quale, se accettato dal debitore, veniva posto in votazione in sostituzione del primo⁶⁴.

Diversamente, quello depositato dal debitore veniva approvato se la proposta raggiungeva la maggioranza assoluta in ogni classe o, in alternativa, il voto favorevole dei creditori rappresentanti il valore di due terzi del totale dei crediti in tutte le classi⁶⁵.

La fase successiva alla approvazione si svolgeva dinnanzi al Tribunale Commerciale competente, a cui era attribuito il compito di omologare il piano così adottato dalla maggioranza⁶⁶. In buona sostanza, la valutazione del giudice si collocava su un livello puramente formale, limitata soltanto alla esistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge, non potendo il magistrato sconfinare nel territorio della convenienza e della equità della proposta⁶⁷.

Questa, in sintesi, la procedura relativa all'istituto dei *Predstečajnoj Nagodbi*, il quale, ciò nonostante, non è passato indenne né alle stagioni riformiste⁶⁸, né a critiche di stampo sostanziale provenienti dagli ambienti accademici e giurisdizionali.

In effetti, un numero crescente di procedure non ha visto la luce, con la conseguenza della conversione in fallimento nella ipotesi di accordo depositato a fronte di una situazione di insolvenza; inoltre, come detto, durissime sono state le reazioni dei giuristi: in primo luogo, secondo la quasi unanime dottrina, la procedura non avrebbe dovuto essere di matrice amministrativa, in ragione della natura privata dei rapporti giuridici tra debitore e creditore⁶⁹, motivo che ha fatto discutere anche in or-

⁶⁴ Sui rimedi nella disponibilità dei creditori v. A. MAGANIĆ, *Pravna sredstva protiv predstečajne nagodbe*, cit., p. 409.

⁶⁵ Percentuale sulla base della quale molte delle proposte provenienti dal settore bancario sono state approvate (v. in tema B. MARUŠIĆ, B. ŠAVORIĆ, *Pre-bankruptcy settlement proceedings. Do the ends justify the means?*, in "CEE Finance update 2014-2015, Freshfields Bruckhaus Deringer", 2014).

⁶⁶ Sulla conclusione del procedimento di fronte alla Corte Commerciale v. M. PAVLOVIĆ, *Sklapanje predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom*, cit., p. 75.

⁶⁷ Sui poteri della Corte v. N. MARKOVIĆ, *Ovlastenja suda u okviru instituta predstečajne nagodbe*, cit., p. 69.

⁶⁸ Modificato più volte durante il corso della sua breve validità (V. in tema J. ČUVELJAK, *Uredba o izmjenama i dopunama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*, cit., p. 41; V. BRKANIĆ, *Nerealna očekivanja od Zakona koji bi trebao otkloniti financijski nered*, in "Ra unovodstvo revizija i financije", 2012, pp. 19 ss.; N. ŠIMUNEC, *Izmjene i dopune zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*, cit., p. 146).

⁶⁹ In questo senso v. J. GARAŠIĆ, *Izmjene i dopune stečajnog zakona iz 2012. Motivirane institutom predstečajne nagodbe*, in AA.VV., *Hrvatsko insolventijsko pravo*, cit., pp. 32 ss.

dine alla sua costituzionalità⁷⁰; di conseguenza, è stata segnalata la dipendenza dell'organo amministrativo dall'autorità governativa, contrariamente a quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali. Un altro punto di frizione è stato individuato nella impossibilità, da parte del giudice, di rigettare la richiesta di omologazione di un Piano di Ristrutturazione approvato non conforme all'ordine pubblico o a norme imperative⁷¹. Altresì, sono stati sottolineati, da una parte, la completa estromissione dalla procedura di professionisti del diritto, e, dall'altra, gli abusi derivanti dalla legittimazione esclusiva in capo al solo debitore, non esistendo un obbligo di attivazione della procedura⁷². Infine, in considerazione del numero di professionisti coinvolti nell'operazione, la procedura produceva ingenti costi che andavano ad incidere in maniera rilevante, in generale, sul passivo del debitore e, in particolare, sulla percentuale di soddisfazione dei creditori.

3.1.2 La Stečajni Zakon del 29 giugno 2015 e la Predstečajnoga Postupka

All'evidenza, dunque, attesa la violazione di molte delle regole sottese al procedimento dei *Predstečajnoj Nagodbi* ai principi fondamentali del diritto fallimentare e delle procedure concorsuali, e ai postulati del diritto processuale civile e della Costituzione croata, da più parti se ne è propagandata senza mezzi termini l'abrogazione; la responsabilità gravante sul potere esecutivo, incaricato di elaborare un disegno di legge, quindi era gravosa, come delicato è stato il compito di preparare un testo giuridico di elevata qualità⁷³.

Una valutazione di questo tipo, naturalmente, potrà seguire solo a un lungo periodo applicativo e interpretativo.

Vero è, però, che dal due di settembre è in vigore la nuova legge fallimentare croata, la quale si regge su quattro pilastri portanti.

Il primo concerne le disposizioni generali, tra i quali spiccano, all'art. 2, i chiari obiettivi delle procedure in essa contenute: prosecuzione dell'attività del debitore, soddisfazione dei creditori e *discharge from bankruptcy*;

⁷⁰ Sulla costituzionalità dei *Predstečajnoj Nagodbi* v. M. DIKA, *O ustavnosti pravnog uređenja instituta predstečajne nagodbe*, in AA.VV., *Hrvatsko insolventijsko pravo*, cit., pp. 51 ss.

⁷¹ Sul punto si rinvia a N. MARKOVIĆ, *Uloga trgovačkog suda u situaciji kada dužnik ode u financijske poteškoće*, in *Hrvatska pravna revija*, 2013, pp. 19 ss.

⁷² Che avrebbe potuto depositare il Piano in una situazione irreversibile; in merito alla legittimazione del debitore v. J. GARAŠIĆ, *Izmjene i dopune stečajnog zakona iz 2012. Motivirane institutom predstečajne nagodbe*, cit., p. 37.

⁷³ In questo senso M. DIKA, *O ustavnosti važećeg uređenja instituta predstečajne nagodbe*, in "Informator", 2013, pp. 3 ss.

degni di attenzione è la regola prevista nell'art. 4, secondo la quale la procedura preventiva può essere aperta se il giudice verifica l'esistenza di una situazione di insolvenza imminente, vale a dire quella situazione in cui il debitore non sarà in grado di soddisfare le proprie obbligazioni in futuro, circostanza che, però, è temporalmente quantificata (a modo della *cessation de paiements* francese): versa in stato di insolvenza imminente quel debitore che sia inadempiente, da oltre 30 giorni, alle obbligazioni relative ai rapporti di lavoro subordinato e ai rapporti di natura fiscale. Diversamente è insolvente l'imprenditore che è inadempiente, da oltre sessanta giorni, alle obbligazioni facenti capo all'amministrazione finanziaria, oppure ha omissso il versamento di tre stipendi consecutivi.

La seconda parte (Titolo II) ha ad oggetto la procedura preventiva, protagonista delle argomentazioni che *infra* seguiranno. Il Titolo III consegna agli operatori economici una rinnovata procedura concorsuale liquidatoria, caratterizzata da ampi spazi per una risoluzione negoziale della insolvenza (artt. 303 ss.) con effetto liberatorio per il fallito⁷⁴. Al Titolo X si prevede una disciplina relativa ai gruppi di società e, infine, agli artt. 392 e ss. il nuovo testo normativo colloca ciò che nel documento previgente era innestato nelle disposizioni di cui agli artt. 301 e ss.: la *Cross Border Insolvency Law*.

3.1.3. La Predstečajnoga Postupka

Come detto, i rilievi mossi all'istituto dei *Predstečajnoj Nagodbi*⁷⁵ ne hanno determinato la trasmigrazione dalla *Zakon o finacijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi* alla nuova legge fallimentare, nel palinsesto normativo dedicato alla procedura preventiva che, ad un primo sguardo, appare decisamente più garantista e, a tratti, rispettosa delle indicazioni pervenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza più autorevole.

In effetti, una prima conferma si individua nell'art. 22, là dove stabilisce che, a differenza dell'istituto squisitamente negoziale analizzato sopra, è il tribunale a decidere dell'apertura, a nominare i commissari⁷⁶,

⁷⁴ D. BODUL, A. VUKOVIĆ, (*Još jedna*) *reforma stečajnog zakonodavstva – funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt?*, cit., p. 181.

⁷⁵ Quelli ammessi prima dell'entrata in vigore della nuova legge, però, continuano ad essere retti dal precedente regime.

⁷⁶ A cui si applicano, per quanto riguarda i requisiti della nomina, le norme previste in tema di curatore fallimentare. L'attività di questi ultimi si sostanzia nella verifica delle attività e delle passività del debitore, e della veridicità dei crediti iscritti nell'elenco dei creditori depositato dal debitore; possono inoltre contestarne le risultanze nel caso in cui sospettino una dichiarazione mendace; vigilano sull'attività del debitore e controllano la corretta esecuzione dell'obbligo del deposito delle spese della procedura.

a supervisionare gli adempimenti dell'Agenzia Finanziaria, a decidere sulle controversie, sulla sospensione e su ogni altra questione che non sia di competenza di altra autorità⁷⁷.

A mio avviso, di forte impatto è la norma dell'art. 25, la quale attribuisce la legittimazione alla domanda di apertura della procedura preventiva, oltre che al debitore, anche al creditore, purché (e questo è un rilievo ragionevole) il primo vi acconsenta⁷⁸.

La proposta deve essere accompagnata da un bilancio aggiornato, da una documentazione comprovante l'attivo e il reddito totale relativo all'esercizio precedente a quello della presentazione della domanda, dal piano di ristrutturazione e, in ultimo, se proveniente dal creditore, da una descrizione dei negoziati intercorrenti con gli altri⁷⁹.

⁷⁷ Sul punto vengono assimilate le indicazioni del disegno di legge commentato da D. BODUL, A. VUKOVIĆ, (*Još jedna*) *reforma stečajnog zakonodavstva – funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt?*, cit., p. 191.

⁷⁸ Francamente non riesco a percepire la misura dell'avanguardismo di una norma che attribuisce anche al creditore la legittimazione alla presentazione di una domanda di apertura di una procedura preventiva, comunque, destinata ad operare uno spossessamento attenuato del debitore, tuttavia condizionata all'assenso di quest'ultimo; certo, è vero che la prima impressione fa pensare ad una misura più decisiva di quella inserita, da ultimo, nella nostra legge fallimentare, all'art. 163 l.fall., secondo la quale "uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di cui all'articolo 161, rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo comma, lettera a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori. Ai fini del computo della percentuale del dieci per cento, non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo. La relazione di cui al comma terzo dell'articolo 161 può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano. Le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari". Ciò nonostante, rispetto alla concessione di una possibilità preventiva condizionata all'assenso dell'imprenditore, a me pare che la norma italiana sia caratterizzata da una sublimata superiorità qualitativa, perché costringe, a procedura già aperta, il debitore a formulare una offerta migliore di quella depositata in precedenza, là dove sia inferiore alla soglia del 40 per cento dei crediti chirografi, o, in caso di concordato in continuità, a quella del 30 per cento. Per i primi commenti alle ennesime modifiche cfr. nota n. 1.

⁷⁹ Non mi pare (ma mi lascio il beneficio del dubbio) che la nuova legge abbia recepito l'indicazione contenuta nel disegno di legge a proposito della necessità, in ipotesi di presentazione della proposta da parte di un media o grande impresa, che la domanda sia accompagnata da una relazione senza rilievi sul piano di ristrutturazione finanziaria ad opera di un revisore legale dei conti (in tema v. D. BODUL, A. VUKOVIĆ, (*Još jedna*) *reforma stečajnog zakonodavstva – funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt?*, cit., p. 195).

Avendo la procedura il presupposto oggettivo dell'insolvenza imminente, il piano di ristrutturazione deve indicare, in primo luogo, i fatti e le circostanze da cui deriva l'esistenza di una tale situazione; di poi, vanno fatte oggetto di rappresentazione: le misure di ristrutturazione finanziaria, il piano industriale in una prospettiva biennale, l'analisi dei contenziosi, le classi dei creditori, il termine per l'adempimento della proposta, e i costi della ristrutturazione (art. 27).

Nelle more delle decisione sulla apertura della procedura, il debitore può eseguire (senza autorizzazione alcuna) solo i pagamenti ordinari effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa⁸⁰.

Sulla ammissione alla *Predstečajnoga Postupka* decide, come detto, l'organo giurisdizionale entro otto giorni dalla data di presentazione della domanda. Il rigetto eventuale è motivato, secondo l'art. 32, dalla esistenza di un'altra procedura preventiva aperta su istanza del medesimo debitore; se sono decorsi due anni dalla scadenza del termine previsto da una proposta precedente senza adempimento alcuno; se la domanda è presentata da soggetti non legittimati; là dove il giudice ritenga che ci siano i presupposti per l'apertura di una procedura fallimentare; se il contenuto della proposta di ristrutturazione risulta non conforme alle disposizioni della legge fallimentare⁸¹.

In mancanza, il tribunale apre la procedura preventiva⁸², con un provvedimento contenente: l'identificazione del debitore; il termine di quindici giorni entro il quale i creditori dovranno insinuare il proprio credito presso l'Agenzia Finanziaria e quello di otto giorni successivi entro i quali gli stessi dovranno opporsi nella ipotesi di dichiarazione negativa del debitore; l'ordine di pubblicazione della decisione di apertura e del piano di ristrutturazione sul portale giudiziario.

A decorrere dalla data di apertura del procedimento di *Predstečajnoga Postupka*, e fino alla sua conclusione, i creditori anteriori non possono proporre azioni individuali esecutive e cautelari, né attivare procedimenti amministrativi ai danni del debitore (art. 68 l.fall.); conseguentemente, i processi in corso sono interrotti. Al contrario, l'inammissibi-

⁸⁰ Al secondo comma dell'art. 29 vengono considerati ordinari quei pagamenti relativi ai redditi da lavoro subordinato, ai Trattamenti di Fine Rapporto e alle spese del procedimento preventivo; tuttavia l'indicazione non è tassativa perché l'ultimo periodo conclude con il riferimento a tutti quelli considerati ordinari da leggi speciali.

⁸¹ D. BODUL, A. VUKOVIĆ, (*Još jedna*) *reforma stečajnog zakonodavstva – funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt?*, cit., p. 195.

⁸² A me pare, quindi, che non ci sia alcuna valutazione in ordine alla convenienza della proposta.

lità e la improcedibilità sono categorie inapplicabili a tutte quelle prerogative che non incidano sull'adempimento della proposta di ristrutturazione.

L'Agenzia Finanziaria, diversamente da quanto accadeva sotto l'egida del previgente sistema, ha il compito di supervisionare la procedura, ed è soggetta alla vigilanza del magistrato. Dall'art. 39 all'art. 51, poi, si costruisce un sub-procedimento relativo alla contestazione dei crediti, funzionale alla corretta determinazione del passivo legittimato alla votazione, tanto è vero che, da una parte, il debitore è chiamato a modificare il piano là dove non comprenda anche gli esiti dei giudizi di cui sopra, e, dall'altra, quella che potremmo definire "Adunanza dei creditori" deve essere convocata entro trenta giorni dalla definizione degli stessi per la votazione.

Rispetto al regime previgente, la maggiore rilevanza attribuita all'organo giurisdizionale si manifesta anche nell'art. 57, a norma del quale è il tribunale a redigere l'elenco dei creditori e degli aventi diritto al voto; questi ultimi votano per iscritto, con una dichiarazione che deve pervenire entro e non oltre l'inizio dell'Adunanza: in mancanza, non vale la regola del silenzio-assenso, bensì si intende voto contrario.

Il piano è approvato se raggiunge il voto favorevole della maggioranza assoluta dei creditori o, in ipotesi di formazione delle classi, se in ogni classe la somma dei crediti dei titolari che hanno votato a favore è superiore del doppio alla somma dei crediti dei titolari che hanno votato contro.

Se si prosegue nell'analisi della nuova legge fallimentare croata si scorge un ulteriore rinforzo dei poteri del tribunale: l'art. 61, dettato in tema di giudizio di omologazione, stabilisce che il giudice, se il piano ottiene le maggioranze necessarie, omologa il piano di ristrutturazione e conferma la proposta, a meno che uno dei creditori non aderenti provi che le sue prerogative sono soddisfatte in misura inferiore rispetto alla ipotesi di mancata attuazione del piano; altresì, il giudice non omologa se risulta improbabile che, pure a fronte dell'attuazione del piano, il debitore riacquisti la capacità di adempiere alle proprie obbligazioni in un periodo di due anni successivi; nemmeno il piano passa il vaglio, pure a fronte di una approvazione da parte dei creditori, se non specifichi l'importo di liquidazione, oppure, in ipotesi di conversione dei crediti in capitale sociale, l'operazione non sia conforme alle norme dettate in tema di società.

Il piano così approvato e omologato ha effetti nei confronti dei creditori anteriori alla deposito della domanda, quand'anche non avessero partecipato al procedimento, ad eccezione di quelli garantiti, di quel-

li relativi ai contenziosi di lavoro, di quelli oggetto di misure di sicurezza penali patrimoniali e di quelli riferiti a procedure fiscali (art. 66 l.fall.)⁸³.

All'art. 63 si prevede poi il termine di centoventi giorni dalla pubblicazione della domanda entro il quale la procedura preventiva deve essere portata a termine⁸⁴.

3.1.4. *Međunarodni stečaj*

Come detto, il legislatore croato è stato uno dei primi in Europa a dettare, al proprio interno, una disciplina di diritto privato internazionale dell'insolvenza (recependo l'Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency)⁸⁵, con l'obiettivo di assicurare una cooperazione tra i giudici e gli Stati coinvolti dalle procedure concorsuali *cross border*, di realizzare una maggiore certezza giuridica per il commercio internazionale, per la protezione degli investimenti stranieri e per la tutela degli interessi di tutti i creditori, e di massimizzare il valore dei beni del debitore⁸⁶.

All'interno del Titolo XI sono inquadrabili due parti che si intrecciano a vicenda: in un primo segmento sono previsti i requisiti la cui esistenza legittima la giurisdizione croata all'apertura di una procedura concorsuale; la seconda parte, invece, fornisce dei chiarimenti in ordine alle condizioni del riconoscimento, in Croazia, di un provvedimento di apertura di una procedura straniera di insolvenza.

A proposito del primo segmento, se si esamina la legge fallimentare in questa parte, si nota nell'immediato una prima assonanza anche col Regolamento n. 848 del 2015, che naturalmente si sostituisce alla normativa nazionale là dove l'insolvenza transfrontaliera riguarda gli Stati

⁸³ Cfr. M. ZUBER, *Potraživanja radnika u predstečajnoj nagodbi*, u: *Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi* (NN, br. 108/12.), testo della relazione resa nel contesto del convegno *Zakon o financijskom poslovanju i predestecajnoj nagodbi*, presieduto da Ivica Crni, Zagreb, 2012., pp. 113 ss.

⁸⁴ Sebbene il giudice, su proposta del debitore, possa concedere una proroga di altri novanta giorni se ritiene che sia opportuno portare al termine la procedura anche al di là dei termini di legge (art. 63, secondo comma, l.fall.).

⁸⁵ Si rinvia J. GARAŠIĆ, *Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka prema hrvatskom pravu*, cit., p. 588; M. DIKA, *Croatian Insolvency Law*, ROW, 1998, Zagreb, p. 355 ss.; ID., *Europska uredba o insolventijskim postupcima*, in "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", 2005, pp. 257 ss.; S. BARI, L. RUŽIĆ, *Sekundarno zakonodavstvo EU i parlamentarni nadzor nad nacionalnom egzekutivom*, id., 2008., pp. 789 ss.; L. HRASTINSKI JURČEC, *Međunarodni stečaj u hrvatskom pravnom sustavu*, *Zakonodavstvo i praksa: Zbornik radova sa regionalne konferencije o stečaju*, Banja Luka, 2008, pp. 175 ss.

⁸⁶ D. BODUL, A. VUKOVIĆ, *(Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva – funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt?*, cit., p. 206.

della Unione Europea (art. 394): ai sensi dell'art. 392, il tribunale croato è competente all'apertura di una procedura concorsuale di un debitore straniero quando quest'ultimo abbia il centro degli affari all'interno del territorio croato che, con presunzione *iuris tantum*, corrisponde al luogo in cui è collocata la sede legale. Di sicuro interesse è anche il terzo comma del medesimo articolo, che attribuisce alla giurisdizione croata la competenza alla apertura di una procedura concorsuale quando in Croazia sia presente la sede legale, pure a fronte della prova della delocalizzazione del centro degli affari in un altro Stato, a condizione che in quello l'apertura sia preclusa. Specularmente, la disciplina croata trova applicazione quando, pure a fronte della delocalizzazione della sede legale, nel suo territorio sia collocato il centro principale degli affari del debitore⁸⁷.

Di base, la procedura concorsuale e i suoi effetti sono determinati dalla legge dello Stato in cui la procedura è stata aperta, sebbene, all'art. 397 l.fall., si preveda che i contratti e i rapporti di lavoro siano retti esclusivamente dalla legge dello Stato applicabile al regolamento contrattuale. Il creditore che si sia insinuato nella procedura aperta in un altro Stato può trattenere quanto ricevuto, ma la percentuale trattenuta verrà naturalmente decurtata dalla parte di credito insinuata nella procedura aperta in Croazia.

Un ulteriore punto di contatto con la disciplina comunitaria si individua nella norma dell'art. 399, in tema di cooperazione tra le procedure: il curatore della procedura fallimentare avviata in Croazia e quello di un procedimento aperto in un altro Stato cooperano tra loro, attraverso lo scambio di tutte le informazioni che siano di rilievo per l'attività di entrambi.

A proposito della seconda parte della disciplina di diritto internazionale privato dell'insolvenza, le Croazia, secondo l'art. 401, concede l'ingresso a un provvedimento straniero di apertura di una procedura concorsuale se questo non contrasta con le regole generali dettate in tema di riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere.

Competente sul riconoscimento è il giudice nel cui territorio il debitore ha una sede secondaria, o, in mancanza, quello in cui si trovano i suoi beni, o, infine, là dove il provvedimento deve essere eseguito⁸⁸.

⁸⁷ Il successivo art. 393 dispone, invece, che se in Croazia non può essere aperta una procedura di insolvenza in mancanza del centro principale degli affari del debitore, la giurisdizione balcanica può trovare applicazione quando il debitore abbia una dipendenza nel territorio croato.

⁸⁸ La domanda deve essere accompagnata da un originale (o da una copia conforme) della decisione, da un elenco dei creditori e dei beni del debitore, da un certificato dell'autorità estera competente circa la sua applicabilità nel territorio (art. 402 l.fall.).

L'art. 403 l.fall. individua i requisiti a cui il riconoscimento vero e proprio è subordinato: a) deve trattarsi di procedura concorsuale ritenuta tale dalla Repubblica croata⁸⁹; b) il giudice o altra autorità che ha aperto il procedimento deve essere competente ai sensi della disciplina croata sulla competenza internazionale⁹⁰; c) la decisione straniera deve essere esecutiva secondo la legge dello Stato di provenienza; d) il riconoscimento non deve produrre effetti contrari all'ordine pubblico Croato⁹¹; altresì, il riconoscimento è negato se, su istanza del debitore o di altri interessati (purché parti del processo), si provi che il procedimento è stato avviato in modo non conforme alla legge dello Stato di provenienza⁹², o che gli atti del processo abbiano violato i diritti fondamentali di difesa⁹³.

Al contrario della disciplina di diritto internazionale privato italiana, che si limita a dettare esclusivamente i requisiti del riconoscimento e della esecuzione dei provvedimenti stranieri in generale, senza nulla aggiungere sulla natura del controllo giudiziario, la regolamentazione croa-

⁸⁹ Ai sensi della disciplina croata, per procedura concorsuale si intende quella aperta dal tribunale di commercio ai danni di un debitore che si trovi in uno stato di insolvenza attuale o imminente, con il fine di soddisfare i suoi creditori attraverso la liquidazione dell'attivo e la ripartizione tra di essi del ricavato; è procedura concorsuale anche quella al cui interno sia prevista la possibilità di porre fine al fallimento attraverso un piano che consenta al debitore di mantenere la gestione della sua attività, producendo la sua liberazione. Naturalmente, la locuzione "procedura di insolvenza" non si riferisce solo alla soluzione liquidatoria, ma abbraccia (in virtù di una interpretazione funzionale) anche l'ipotesi preventiva concordataria con lo scopo della ristrutturazione del debitore (in tema cfr. J. GARAŠIĆ, *Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka prema hrvatskom pravu*, cit., p. 590).

⁹⁰ In dottrina è stata segnalata l'ovvia riconoscibilità, nella Repubblica di Croazia, di un provvedimento di apertura della procedura di insolvenza ai danni di un debitore il quale, secondo la legge croata, non sarebbe soggetto alla disciplina concorsuale: una esclusione in tal senso si porrebbe, secondo J. GARAŠIĆ, *Europska uredba o insolventijskim postupcima*, in "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", 2005, pp. 266 ss., in contrasto con le tendenze contemporanee del diritto internazionale fallimentare, stante la volontà legislativa di estendere il campo di applicazione anche ai consumatori.

⁹¹ Costituito dai valori politici, economici, sociali e morali propri della Repubblica di Croazia, così come indicati nella Costituzione e nelle leggi fondamentali; altresì il riferimento è anche all'ordine pubblico internazionale e ai principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (così, ancora, J. GARAŠIĆ, *Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka prema hrvatskom pravu*, cit., p. 603).

⁹² In Croazia non è prevista la condizione di reciprocità.

⁹³ Per tutti, ad esempio, la mancanza di un giudizio equo, una irragionevole durata del processo non in conformità con le norme del Paese di apertura, la mancanza di un rimedio impugnatorio, la violazione del principio della parità di trattamento tra i creditori (per tutti v. N. RADIĆ, Z. MIHAJLOVIĆ, *op. cit.*, p. 20).

ta è chiara sul punto: il giudice chiamato a decidere dell'ingresso in Croazia di un provvedimento di apertura di una procedura di insolvenza straniera può indagare solo in ordine alle condizioni sopra indicate, senza la possibilità di scendere nel merito del giudizio (art. 411 l.fall.).

Si vede bene come il legislatore croato abbia optato per la soluzione contraria a quella del riconoscimento automatico, disegnando un procedimento di controllo particolarmente stringente, e ciò in ragione delle carenze di tutela sostanziali e processuali, e delle difficoltà di ordine giuridico caratterizzanti il sistema previsto anche nel Regolamento sull'insolvenza transfrontaliera n. 848 del 2015 di nuovo conio, anche al fine (naturalmente non secondario) di scongiurare la deriva di un abuso concertato da parte dei debitori e dei creditori, soprattutto quando il provvedimento "fermo al confine" sia quello di apertura di una procedura concorsuale di matrice negoziale⁹⁴.

L'accoglimento determina l'assorbimento del provvedimento in Croazia, che diventa regola applicabile, ma i suoi effetti rimangono comunque determinati dalla legge dello Stato di apertura⁹⁵, purché non contrastino con i principi fondamentali del diritto fallimentare croato⁹⁶. Avvero la decisione di riconoscimento, il debitore, il curatore e i creditori possono proporre reclamo (art. 408 l.fall.).

⁹⁴ Per dei riferimenti in questo senso v. M. DIKA, *Croatian Insolvency Law*, cit., 360; J. GARAŠIĆ, *Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka prema hrvatskom pravu*, cit., p. 611.

⁹⁵ Ci riferisce, in questa sede, non solo alla decisione di apertura, ma anche a tutte quelle adottate nel quadro della procedura, quali, ad esempio, la nomina di organi concorsuali, l'omologazione di un concordato fallimentare, la chiusura, le risultanze dello stato passivo e le sue contestazioni; sul punto v. J. GARAŠIĆ, *Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka prema hrvatskom pravu*, cit., p. 586.

⁹⁶ Tant'è che l'art. 415 l. fall. vieta la compensazione se il credito per cui viene eccepita sia stato ceduto nel periodo compreso tra la data di apertura della procedura fallimentare straniera e il giorno in cui la decisione di apertura è stata riconosciuta, se si provi che il cessionario croato, al momento della cessione, conosceva (o avrebbe dovuto conoscere) l'esistenza di una procedura concorsuale all'estero; si presume conosciuta l'esistenza di una procedura concorsuale estera se la cessione è intervenuta in un periodo successivo alla domanda di riconoscimento. Altresì, all'art. 416 si stabilisce che il riconoscimento di una decisione straniera non pregiudica il diritto dei creditori privilegiati ad essere soddisfatti per l'intero, se il debitore abbia un patrimonio capiente, e purché non sia gravato da diritti di terzi; la tutela dei privilegiati, inoltre, è molto forte: questi infatti possono proporre azioni esecutive sui beni del debitore presenti in Croazia, anche nell'ipotesi di riconoscimento del provvedimento di apertura della procedura concorsuale; tuttavia, su istanza del curatore straniero, le stesse possono essere sospese fino a un massimo di tre mesi, quando ciò sia necessario per consentire l'ammissione al passivo di altri creditori, ma il giudice dell'esecuzione può revocare il provvedimento cautelare ogni qual volta vengano meno i presupposti.

Altresì, il debitore e ogni creditore sono legittimati a chiedere l'apertura di una procedura fallimentare in Croazia, a prescindere dall'apertura di una procedura concorsuale in un altro Stato, se non sussistono i presupposti per il riconoscimento della decisione di apertura straniera, sebbene sia limitata ai beni presenti nello territorio della Repubblica di Croazia (art. 427 l.fall.).

3.2 La disciplina della crisi di impresa in Romania: considerazioni generali

Anche in Romania è in corso un processo di rinnovamento del diritto concorsuale e della crisi di impresa, sebbene la pratica della sostituzione del nuovo con il vecchio sia meno frequente rispetto al resto dell'Europa occidentale⁹⁷.

In effetti, il diritto della crisi rumeno, ad oggi, è retto dalla l. n. 84 del 2014, che abroga e sostituisce la l. n. 85 del 2006⁹⁸, e che traspone in normativa interna la Direttiva 2001/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 aprile 2001, in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi⁹⁹.

Gli scopi della nuova legge sono chiari: massimizzare il grado di recupero dei beni del debitore, di concerto con l'individuazione della reale possibilità di una ristrutturazione delle attività di quello onesto¹⁰⁰ (quando possibile)¹⁰¹, in maniera efficiente e in un tempo utile e ragio-

⁹⁷ Sulla evoluzione della legislazione sulla insolvenza in Romania cfr. I. TURCU, *Codul insolvenței*, Editura C.H. Beck, București, 2015, pp. 20 ss.

⁹⁸ Per uno sguardo generale alla disciplina previgente cfr. N. ȚÂNDĂREANU, *Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006*, Universul Juridic, București, 2012, p. 30 ss.

⁹⁹ Pubblicata in Monitorul oficial României n. 466 del 25 giugno 2014, e consultabile sul testo intitolato *Legislația insolvenței*, coordinata da G. PIPEREA, Editura C.H. Beck, București, 2015. I commenti alla riforma sono numerosi; solo per una panoramica generale v. AA.VV., *Noul Cod al insolvenței*, coordinato da G. PIPEREA, Editura C.H. Beck, București, 2015; F. MOTIU, *Din culisele elaborării primului Cod al Insolvenței*, in "Revista romana de drept al afacerilor", 2014, pp. 17 ss.; AA.VV., *Tratat practic de insolvență*, a cura di R. BUFAN, Hana-gia, București, 2014; S.M. MILOȘ, A. DELI, *Elemente de noutate în legislația insolvenței - de la principii la implementarea lor* -, in "Phoenix Revista de insolvență", 2014, pp. 4 ss.

¹⁰⁰ In tema cfr. S. POPA, *Drept comercial*, Universul Juridic, București, 2014, pp. 228 ss.; M. MILOȘ, A. DELI-DIACONESCU, *Principalele elemente de noutate aduse prin Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, in "Revista romana de drept al afacerilor", 2014, pp. 28 ss.

¹⁰¹ I. ADAM, N. ADAM, *Principiile procedurii insolvenței, precum și drepturile și obligațiile participanților, în reglementarea Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, in "Dreptul", 2014, pp. 9 ss., fanno notare come, nonostante il postulato della concorsualità non sia stato previsto espressamente nella parte generale della nuova legge, questo possa desumersi facilmente dalla interpretazione dei principi del nuovo elaborato normativo.

nevole¹⁰², in una procedura caratterizzata dalla trasparenza, volta a garantire la parità di trattamento tra i creditori dello stesso rango¹⁰³.

Siffatti confini teleologici sono chiamati a reggere quelle procedure di prevenzione della insolvenza congegnate per quel debitore che si trovi in uno stato di difficoltà finanziaria (su cui si veda ampiamente *infra* 3.2.1.), con la quale si intende quella situazione in cui un soggetto, anche se è in grado attualmente di adempiere le proprie obbligazioni, sta attraversando dei problemi di liquidità che, a lungo termine, potrebbero influenzarne l'esecuzione, in relazione alle risorse generate dall'attività e alle passività sostenute per l'esercizio della impresa¹⁰⁴.

¹⁰² A proposito dell'esigenza di celerità A. M. MAXIM, *Celeritatea și caracterul special al Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire și insolvență*, in "Revista romana de drept al afacerilor", 2014, p. 95 ss., fa notare come il carattere di procedure speciali di esecuzione concorsuale dei procedimenti previsti nella nuova legge determini l'applicazione di termini brevi e derogatori del nuovo codice di procedura civile; altresì v. I. ADAM, N. ADAM, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰³ V. art. 4, comma quarto, l. 85 del 2014.

¹⁰⁴ S. POPA, *Succintă prezentare a dispozițiilor având un caracter de noutate în cuprinsul Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, in "Dreptul", 2014, pp. 78 ss. In tema, poi, di presupposti soggettivi di applicabilità, il nuovo regolamento normativo sostituisce la definizione di *insolvabilitate* con quella di *insolvență*: la prima, di matrice evidentemente francese, è una condizione patrimoniale in cui la passività sono superiori alle attività; diversamente, con la nozione di insolvenza si vuole significare quella situazione di squilibrio finanziario caratterizzata dalla mancanza di liquidità e di credito di impresa, che determina l'impossibilità di far fronte al passivo esigibile per carenza di fondi disponibili (v., da un punto di vista giurisprudenziale, Appello di București, 27 luglio 1913 e Cass. III, 10 settembre 1925, n. 1381, tutte in "Dreptul", 1926, 167, secondo le quali l'impossibilità determinante l'insolvenza deve essere assoluta, riferendo l'assolutezza alla impossibilità di proseguire le proprie attività d'impresa; altresì, secondo Appello Cluj, n. 457 del 1999, inedita, non è rilevante il pagamento di un solo creditore al fine di escludere lo stato di insolvenza, e, di conseguenza, l'esistenza di una situazione di insufficienza di liquidità). Altresì, vengono circoscritte anche le definizioni di insolvenza imminente e di insolvenza presunta: l'insolvenza è imminente quando il debitore non è in grado di adempiere alle proprie obbligazioni alla scadenza (v., per la giurisprudenza, Appello di București, 21 giugno 1933, in "Revista de drept comercial", 1934, pp. 234 ss.; D. C. RĂPENARU, *Tratat de drept comercial român*, Universul Juridic, București, 2009); è presunta, diversamente, quando sono decorsi sessanta giorni dalla scadenza degli obblighi contrattuali (si veda I. TURCU, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2007, pp. 28 ss. O. PUIE, *Aspecte privitoare la procedura insolvenței reglementată prin legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, precum și unele aspecte referitoare la procedura insolvenței reglementată prin acte normative speciale*, in "Dreptul", 2014, pp. 149 ss.). In generale, sulla definizione di insolvenza nella dottrina rumena, v. M. STAN, I. TURCU, *Pladoarie pentru o necesară înnoire a conceptului de insolvență*, in "Phoenix Revista de insolvență", 2008, pp. 9 ss.; M. COMȘA, *Noțiunea de insolvență – Aspecte generale*, in "Phoenix Revista de insolvență", 2011, pp. 9 ss.; I. TURCU, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 165 ss.

Le procedure regolate dalla nuova norma, a un tempo di carattere individuale e collettivo,¹⁰⁵ si applicano ai professionisti, così come indicati dall'art. 3 del codice civile, vale a dire imprenditori individuali o collettivi esercenti attività di impresa: imprese familiari, società agricole, cooperative, associazioni e fondazioni; non rientrano nel campo della norma, al contrario, le professioni liberali¹⁰⁶.

La competenza per materia spetta al Tribunale, territorialmente individuato sulla base della sede principale del debitore.

A un primo rapido sguardo della legge n. 85 del 2014, si nota come l'intera struttura disciplinare sia evidentemente influenzata dalle fonti transalpine: basti pensare alla nozione di insolvenza presunta, che rievoca quella dello stato di cessazione dei pagamenti, o agli istituti del mandato *ad hoc* e della vecchia procedura di riorganizzazione.

Al contrario, un tratto distonico rispetto alla disciplina di lingua *d'oil* va riferito alla possibilità, concessa a quel debitore che si trova in stato di difficoltà finanziaria, di ricorrere allo strumento del concordato preventivo: ciò conferma come la disciplina rumena, in fondo, rappresenti una combinazione di strumenti latini, in parte italiani, in parte francesi, da cui il legislatore ha attinto per favorire la ripresa economica in un paese che non è affatto passato indenne dalla crisi che interessa l'intera Europa.

Per dovere di completezza, si segnala l'abrogazione espressa, ad opera della normativa del 2014, della disciplina dell'insolvenza transfrontaliera, che si arricchisce di riferimenti ai documenti di matrice comunitaria¹⁰⁷.

A tal proposito, nelle righe che seguiranno, l'attenzione verrà posta sul concetto di difficoltà finanziaria, che nella nostra penisola manca (a meno di non volerlo riferirlo al presupposto della crisi), e su una panoramica meramente descrittiva degli istituti del mandato *ad hoc* e del concordato preventivo.

3.2.1. Brevi riflessioni in ordine al requisito della difficoltà finanziaria

Come accennato sopra, la novella sulle procedure di prevenzione dell'insolvenza rumena ruota intorno alla nozione di debitore *in dificultate financiară*, considerato, ai sensi dell'art. 5, comma ventisette, "*este debitorul care, desi executat sau este capabil sa execute obligatiile exigibile, are un*

¹⁰⁵ Così S. POPA, *Drept comercial*, cit., p. 229.

¹⁰⁶ M. MILO, A. DELI-DIAONESCU, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁷ Per la letteratura internazionale-privatistica rumena v., tra i tanti, L. C. GAVRILESCU, *Strategii de armonizare a legislațiilor statelor europene în materie de insolvență*, in "Revista Român de Drept al Afacerilor", 2015, pp. 105 ss.; ID., *Gestionarea conflictelor de competență în procedura falimentului internațional*, id., 2013, pp. 95 ss.

grad de lichiditate pe termen scurt redus si/sau un grad de indatorare pe termen lung ridicat, ce pot afecta indeplinirea obligatiilor contractuale in raport cu resursele generate din activitatea operationala sau cu resursele atrase prin activitatea financiara"¹⁰⁸.

Siffatta nozione rappresenta l'attuale conclusione di una risalente elaborazione che si insinua in quel tentativo, noto anche in Romania, di tracciare un ipotetico percorso, ad intensità e a coinvolgimento crescente, di trattamento delle difficoltà di impresa, che sia tale da proteggere interessi diversi rispetto a quelli direttamente coinvolti dalla crisi di impresa¹⁰⁹: i) sistemi di allerta e di superamento delle prime difficoltà; ii) misure di trattamento stragiudiziale della crisi; iii) strumenti di riorganizzazione di matrice giurisdizionale¹¹⁰.

In effetti, già nella *legea concordatului* n. 5 del 2009, veniva definita come *întreprinderea în dificultate* quella impresa il cui potenziale di redditività fosse in ribasso, risultando invero il titolare nella possibilità attuale di adempiere alle obbligazioni alle scadenze¹¹¹.

Siffatta nozione risente, naturalmente, di tutti quegli approfondimenti aziendalistici volti alla individuazione dei segni premonitori del dissesto¹¹², e delle varie forme che la "difficoltà" può assumere: degrado economico, finanziario e giuridico.

Con il primo, generalmente, si intende la destabilizzazione delle attività economiche per effetto di perdite: questa situazione, che non permette la produzione di reddito, incide negativamente sul lavoro e sullo sviluppo economico. Il degrado finanziario è descritto, invece, come la impossibilità, da parte della società, di coprire passività a breve termi-

¹⁰⁸ Per un primo commento all'interesse dell'art. 5 della *legii* nr. 85/2014, v. I. TURCU, *Codul insolvenței*, cit., p. 33.

¹⁰⁹ La eco dei precedenti francesi è, in tema, ancora più forte, tant'è che pure in Romania la dottrina è attenta alla salvaguardia degli *stakeholders*, e non mancano contributi in questo senso: v., *ex pluribus*, C. OROVICEANU, *Protecția terților ("stakeholders") în cadrul mecanismelor de guvernanță corporativă* (I), in "Revista de drept comercial", 2013, 11, pp. 48 ss. e *Protecția terților ("stakeholders") în cadrul mecanismelor de guvernanță corporativă* (II), in "Revista de drept comercial", 2013, 12, pp. 38 ss.

¹¹⁰ Così G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, in "Phoenix Revista de insolvență", 2010, pp. 4 ss.

¹¹¹ Per una panoramica della legge n. 5 del 2009 v. S. MONTEANU, *Concordatul preventiv și mandatul ad hoc în căutarea soluții de redresare a afacerilor în dificultate*, in "Phoenix Revista de insolvență", 2010, pp. 12 ss.; S. DIMITRU, A.O. DIMITRU, *Principalele modificări aduse Legii privind procedura insolvenței prin Legea nr. 277/2009*, in "Phoenix Revista de insolvență", 2009, pp. 7 ss.

¹¹² Cfr. V. MUNTEANU, *Aspecte privind prevenirea și previziunea insolvenței*, in "Phoenix Revista de insolvență", 2010, pp. 4 ss.

ne in ragione di una assenza attuale di liquidità: questa situazione, se persistente, può determinare una graduale perdita di *parteners* commerciali e, nel lungo termine, una interruzione effettiva delle attività di impresa. Il declino giuridico, invece, a me appare come una categoria decisamente più sfuggente, sostanziandosi lo stesso nella sopravvenienza di condizioni legali (leggi o usi) che modificano, o addirittura, impediscono totalmente la capacità reddituale della attività a causa della imposizione di vincoli prima inesistenti¹¹³.

In sintesi, dunque, può dirsi che l'*întreprinderea* si trova nella situazione di *dificultate* quando non sia più in grado, anche attraverso apporti finanziari provenienti da soci o da creditori, di contenere perdite le quali possono, in assenza di interventi di matrice pubblica, determinarne la scomparsa dal mercato¹¹⁴.

Sulla base di questo assunto, poi, si è andata sviluppando una linea di pensiero che ha individuato, prescindendo dalle dimensioni della struttura societaria, quando una impresa è in difficoltà: nel caso di società a responsabilità limitata, quando la perdita di oltre la metà del capitale sociale e di un quarto delle riserve insistano da oltre dodici mesi; nella ipotesi di schema societario nel quale almeno uno dei soci risponda illimitatamente per i debiti di impresa, sussiste la situazione di difficoltà quando risulti una perdita di oltre metà di capitale sociale da oltre dodici mesi¹¹⁵.

Non è mancato, però, chi ha segnalato la insufficienza dell'indicatore rappresentato dalla perdita del capitale sociale, tanto è vero che si insiste anche sulla verifica dell'aumento delle perdite, sulla diminuzione del fatturato, sull'eccesso di capacità produttiva, sulla riduzione del *cash flow*, sull'aumento degli oneri finanziari¹¹⁶.

¹¹³ Sulla distinzione v. V. MUNTEANU, op. cit., p. 6.

¹¹⁴ In questo senso G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, in "Revista Română de Drept al Afacerilor", 2010, pp. 25 ss.

¹¹⁵ Così G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, cit., 26.

¹¹⁶ Un ausilio, per la ricostruzione rumena del concetto di impresa in difficoltà, è rappresentato dalla formula di matrice comunitaria in materia di aiuti di stato: un'impresa è in difficoltà quando non è in grado, con le proprie risorse o le risorse che può ottenere dai proprietari/azionisti o dai creditori, di contenere perdite che, in assenza di un intervento esterno delle autorità pubbliche, la condurrebbero quasi certamente al fallimento, nel breve o nel medio periodo. Per questi rilievi v. A.G. ATANASIU, *Întreprindere în dificultate*, "Revista Română de Drept al Afacerilor", 2010, pp.85; A. O. STĂNESCU, *Ajutoarele de stat și procedura insolvenței*, in "Phoenix Revista de insolvență", 2009, pp. 4 ss.; R.V. HOPU, A.A. OAN, *Ajutorul de stat-„colacul de salvare” al întreprinderilor aflate în dificultate*, in "Revista Română de Jurisprudență", 5, 2012, pp. 258 ss.

Altresì l'accento è stato posto sul bisogno reale della salvaguardia della impresa grazie a un riconoscimento precoce della situazione di difficoltà, bisogno che è stato manifestato soprattutto agli istituti bancari e alle società di revisione i quali, grazie alla loro posizione, rappresentano una fonte importante di informazioni in ordine alle difficoltà finanziarie delle imprese: il sistema bancario, dopo l'accordo Basilea II, è costruito in modo tale da garantire ed assicurare la rilevazione del rischio di impresa; lo stesso vale per i revisori esterni, che hanno la possibilità di rilevare, dai documenti contabili annuali, i primi segnali di difficoltà o di crisi¹¹⁷.

Eppure, quella stessa letteratura che ha cercato di dare una interpretazione corretta e generalizzata del concetto di impresa in difficoltà non ha mancato di segnalare le ambiguità: in effetti, è stato sottolineato come siffatto criterio non fosse di facile intelligibilità, tanto per il debitore -non avendo ben chiaro quando un'impresa fosse in una situazione di difficoltà che lo legittimasse alla nomina di un mandatario *ad hoc*-, quanto per i tribunali i quali, chiamati ad omologare un accordo, avrebbero dovuto verificarne l'esistenza¹¹⁸.

Di qui la nuova definizione, che avrebbe dovuto sgombrare il campo dai dubbi rilevati, come detto, dagli operatori economici e dalla magistratura: per l'art. 5 della legge n. 85 del 2014, la difficoltà finanziaria sostanzia quella situazione in cui un soggetto, anche se è in grado attualmente di adempiere le proprie obbligazioni, sta attraversando dei problemi di liquidità che, a lungo termine, potrebbero influenzarne l'esecuzione, in relazione alle risorse generate dall'attività e alle passività sostenute per l'esercizio della impresa.

La nuova formula, in realtà, non ha risolto le radicate incertezze, ed anzi è andata incontro alle critiche della dottrina maggioritaria¹¹⁹, la quale l'ha addirittura definita ingombrante e ambigua, dal momento che si sarebbe potuto definire il concetto di crisi con il riferimento agli indici di volta in volta suggeriti dagli aziendalisti¹²⁰. Il risultato pare sia una de-

¹¹⁷ *Expressis verbis* G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, cit., 26, che segnala altresì la necessità a che il diritto societario predisponga una procedura che consenta di rilevare i primi sintomi della crisi di impresa, da consegnare non già solo agli organi sociali, bensì soprattutto nelle mani dell'azione individuale o collettiva degli azionisti.

¹¹⁸ G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, cit., 26.

¹¹⁹ S.POPA, *Drept comercial*, cit., p. 230.

¹²⁰ In questi termini G. PIPEREA, *Noi proceduri pentru salvarea comercianților aflați în dificultate: concordatul preventiv și mandatul ad-hoc*, in AA. VV., *Dinamica dreptului românesc aderarea la Uniunea Europeană*, a cura di A. R. DULESCU, Editura Universul Juridic, București, 2011, pp. 246 ss.

finizione che contrasta con i principi della parità di trattamento, in ragione del presupposto troppo precoce di applicazione delle procedure preventive: se il fallimento ad oggi, in Romania, viene dichiarato a fronte di una situazione di insolvenza -che corrisponde, come detto, all'assenza assoluta di liquidità-, l'accesso al concordato preventivo e al mandato *ad hoc* è consentito, visto l'ampio spettro del requisito di difficoltà finanziaria, anche a quelle imprese che siano in condizioni di regolarità reddituale, situazione che le permette di adempiere regolarmente alle scadenze¹²¹.

L'Italia, come sappiamo, nell'arsenale oggettivo di applicabilità delle procedure concorsuali, è dotata del presupposto della crisi e di quello della insolvenza (che ne è una specificazione).

In Romania, al contrario, le procedure preventive fanno il loro ingresso nel momento in cui l'imprenditore si trovi in una situazione di difficoltà finanziaria, criterio -così come definito dall'art. 5 della legge n. 85 del 2014- troppo generico, precoce e, di conseguenza, foriero di possibili abusi strumentali, non già alla risoluzione della crisi, bensì alla imposizione, ai danni della minoranza, di condizioni concertate solo con alcuni -probabilmente grandi- creditori¹²².

Ciò nonostante, non mi sento di esprimere una preferenza per l'uno o per l'altro modello, perché in effetti sarebbe da dire che *in medio stat virtus*, ma anche la ricerca di questa soluzione non sembra appagante, viste le difficoltà sottese alla individuazione di quella soluzione, da una parte, non troppo precoce e tale da evitare gli abusi, e, dall'altra, non troppo tardiva che risulti di fatto inutile.

3.2.2.1 modelli della prevenzione della crisi di impresa in Romania

In tema di prevenzione la Romania sembrerebbe rappresentare il punto d'incontro, almeno da un punto di vista nominalistico, tra i rimedi della sistemazione della crisi in Francia e quelli previsti nella penisola italiana: in effetti, ad una prima misura funzionale alla ricerca di un accordo, il mandato *ad hoc*, segue il *concordatul preventiv*, istituto qualificato dalla dottrina quale contratto giudiziario¹²³, che permette al debitore in dif-

¹²¹ Così S. POPA, *Succintă prezentare a dispozițiilor având un caracter de noutate în cuprinsul Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, cit., 84.

¹²² Condizioni che, però, sono rappresentate soltanto da una moratoria nei pagamenti nei confronti dei creditori non aderenti al concordato preventivo eventualmente omologato dal giudice.

¹²³ G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, Relazione tenuta presso la Camera di Commercio e dell'Industria della Romania, al Convegno So-

ficoltà finanziaria di rimuovere la crisi attraverso un patto con una maggioranza qualificata dei creditori¹²⁴.

3.2.3. *Il mandato ad hoc*

Di memoria transalpina, l'istituto del mandato *ad hoc* sostanzia una procedura confidenziale e riservata, avviata su iniziativa del debitore in difficoltà, attraverso la richiesta di nomina di un mandatario al tribunale, con il compito della ricerca di un accordo con i creditori al fine di superare lo stato di crisi¹²⁵.

L'iniziativa, nella disponibilità esclusiva del debitore, ha la forma del ricorso, da proporre al Presidente del tribunale nel cui circondario l'impresa ha sede, e nel quale va indicata la situazione di difficoltà finanziaria e il nominativo del soggetto scelto dal proponente tra i professionisti dell'insolvenza¹²⁶.

Il giudice, che decide in camera di consiglio alla presenza del debitore e del nominando mandatario *ad hoc* entro cinque giorni dal deposito del ricorso¹²⁷, procede a una verifica dei motivi invocati dal proponente, della sussistenza delle condizioni previste dalla legge e dei requisiti per la nomina a mandatario¹²⁸.

Successivamente, per tutta la sua durata, la procedura mantiene un carattere confidenziale: la riservatezza è un obbligo che incombe su tut-

lutii de intelegere intre creditori si debitori. Cum isi pot recupera creditorii creantele. Cum se poate evita disparitia afacerii debitorului. Concordatul preventiv si mandatul ad-hoc, in locul insolventei. (Legea nr. 381/2009). Solutii bancare concrete pentru companii aflate in dificultate, del 16 febraio 2010, e liberamente consultabile sul sito www.ccir.ro.; ID., O nouă realitate juridică, procedura concordatului preventiv, in "Revista de drept al afacerilor", 2009, pp. 57 ss.

¹²⁴ Per una panoramica del regime precedente v. I. ADAM, C. SAVU, *Legea procedurii insolven ei. Comentarii si explica ii*, Editura.C.H.Beck, București, 2006; S. POPA, *Noi procedure pentru salvarea comercianților aflați in dificultate: concordatul preventiv și mandatul ad-hoc*, in AA.VV., *Dinamica dreptului românesc după aderarea la Uniunea Europeană*, Universul Juridic, București, 2011, pp. 387 ss.; S. MONTEANU, *Concordatul preventiv și mandatul ad hoc in căutarea soluții de redresare a afacerilor in dificultate*, cit., p. 12; G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, cit., p. 25; G. PIPEREA, *Insolven a: legea, regulile, realitatea*, Wolters Kluwer, Bucure ti, 2008.

¹²⁵ V. art. 5, comma trentasei, legge n. 85 del 2014.

¹²⁶ A. I. ȘARCAN, *Desemnarea și stabilirea onorariului practicienilor în insolvență*, in "Phoenix Revista de insolvență", 2010, pp. 17 ss.; S. LIVIU, *Verificarea de c tre practicienii în insolven a crean ei provenit din opera ii derulate de asocierile în participa ie*, *ibid.*, pp. 29 ss.; E. CIOBANU, *Managementul resurselor în procedura insolven ei*, *id.*, 2011, pp. 9 ss.

¹²⁷ Sulla necessità di una riduzione dei termini delle procedure concorsuali cfr. I. ADAM, N. ADAM, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁸ La decisione di nomina è immediatamente esecutiva; in tema v. S.POPA, *Drept comercial*, cit., p. 231.

te le parti del procedimento¹²⁹.

Lo funzione principe del mandatario è quella di salvaguardare l'interesse del debitore al superamento della crisi, con lo scopo ulteriore di permettere il recupero dell'impresa in dissesto, i posti di lavoro e di garantire la soddisfazione dei creditori¹³⁰.

Siffatta funzione trova la sua realizzazione nella ricerca e nell'approvazione, entro il termine di novanta giorni decorrenti dalla nomina, di un accordo tra il debitore e uno o più creditori chirografi. A tal proposito, ai sensi dell'art. 13, comma terzo, legge n. 85 del 2014, il mandatario può proporre alle parti contrattuale remissioni di debito¹³¹, ristrutturazioni parziali del passivo, riduzioni delle pretese debitorie, risoluzioni di contratto e qualunque altra misura ritenuta necessaria alla tutela dell'impresa¹³².

Il mandato può concludersi per diversi motivi.

In primo luogo, la procedura vede la conclusione nella ipotesi di rinuncia unilaterale del debitore o dello stesso mandatario *ad hoc*¹³³; altresì, il rapporto di mandato si scioglie là dove debitore e creditori abbiano raggiunto un accordo; la stessa sorte è prevista, al contrario, quando, decorsi novanta giorni dalla nomina ad opera del Presidente del tribunale, non c'è consenso sulle modalità di superamento della difficoltà finanziaria del debitore¹³⁴.

La conclusione del rapporto di mandato per uno di questi motivi viene formalizzata dal Presidente del tribunale con sentenza che dichiara la cessazione della procedura.

¹²⁹ Ragione per la quale non compare nell'Allegato A del Regolamento Ue 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015 e relativo alle procedure di insolvenza.

¹³⁰ Contrariamente, G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, cit., p. 25, ritiene che il mandatario, anziché un organo attento principalmente agli interessi del debitore in difficoltà, rappresenti un soggetto terzo e indipendente tanto dal proponente quanto dai creditori: non sarebbe né un vero e proprio mandatario del debitore, né della collettività dei creditori, né del Presidente del tribunale.

¹³¹ In tema è stata sottolineata la felice modifica terminologica della locuzione 'remissione del debito' quale modo di estinzione dell'obbligazione, rispetto alla previgente 'cancellazione del debito'; così S. POPA, *Succintă prezentare a dispozițiilor având un caracter de nouitate în cuprinsul Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, cit., p. 86.

¹³² Sul punto v. S. POPA, *Succintă prezentare a dispozițiilor având un caracter de nouitate în cuprinsul Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, cit., p. 86.

¹³³ Siffatta situazione confermerebbe quella tesi secondo la quale il mandatario, anziché essere votato alla tutela principale degli interessi del debitore, in realtà rappresenterebbe un *primus inter pares*; in questo senso G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, cit., p. 25.

¹³⁴ Così l'art. 15 della legge n. 85 del 2015.

3.2.4. La procedura di concordatului preventiv

La legge n. 85 del 2015, all'art. 5, comma diciassette, definisce il concordato preventivo come quel contratto tra il debitore in difficoltà finanziaria, da un lato, e quei creditori che rappresentano almeno il settanta-cinque per cento di crediti accertati e non contestati, dall'altra, approvato sulla base di un piano di recupero e di riorganizzazione del passivo, e per il quale i creditori si impegnano a sostenere gli sforzi per superare le difficoltà.

Come detto, è stato definito quale contratto giudiziario¹³⁵ in ragione dell'intervento piuttosto invasivo del *judecãorul-sindic*¹³⁶, chiamato a verificare *funditus*, con un giudizio di legalità nel contesto della omologazione¹³⁷, l'intervenuto incontro della volontà tra debitore e creditori, con la conseguenza di rendere opponibili (ma solo di opponibilità relativa trattasi)¹³⁸ ai terzi e ai creditori non aderenti le condizioni del regolamento contrattuale, e tutti gli atti esecutivi del medesimo¹³⁹, a far data dall'effettuazione delle formalità pubblicitarie del provvedimento omologatorio.

Possono beneficiare della procedura di concordato preventivo quei debitori che si trovino in una situazione di difficoltà finanziaria, purché non sia già sconfinata nell'insolvenza, ad eccezione di quei debitori che abbiano fruito della medesima procedura nei tre anni precedenti, di tutti coloro i quali (proponente, azionisti, soci, associati, azionisti di controllo, amministratori, direttori) siano stati dichiarati colpevoli, con sentenza definitiva, di alcuno dei reati contro il patrimonio, oppure siano stati condannati nell'ipotesi di responsabilità per omissione di controllo sulla gestione, ai sensi dell'art. 169 della legge n. 85 del 2014¹⁴⁰.

A norma dell'art. 17, il giudice, in caso di ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo, nomina un amministratore

¹³⁵ G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, cit., p. 27.

¹³⁶ In tema cfr. G. PIPEREA, *Legea concordatului preventiv-testul modern al insolven ei*, in "Curierul Judiciar", 1, 2010, pp. 20 ss.

¹³⁷ Un punto di frizione rispetto alla procedura di conciliazione francese si individua nella inesistenza della alternativa, prevista al di là delle Alpi, della procedura di *constatation* dell'accordo intervenuto tra debitore e creditori, rispetto al più rigido (ma più ampio quanto agli effetti prodotti dal provvedimento) giudizio di omologazione.

¹³⁸ Mi permetto di utilizzare il termine "relativo" perché l'approvazione non ha l'efficacia di estendere le condizioni accettate dalla maggioranza sulla minoranza, ma solo (come si dirà) la possibilità di ottenere una sospensione dell'esigibilità del credito del non aderente.

¹³⁹ Per queste conclusioni v. S.POPA, *Drept comercial*, cit., p. 232.

¹⁴⁰ Così l'art. 16, lettere a), b) e c).

provvisorio (che pare corrisponda, suppongo, al nostrano commissario giudiziale), ordina la sospensione delle azioni esecutivi e cautelari ai danni del debitore, e individua un termine entro il quale devono pervenire le insinuazioni al passivo, strumentali all'individuazione dei creditori legittimati al voto sulla proposta.

L'amministratore provvisorio, in primo luogo, ha il compito di depositare, entro il termine di 30 giorni dalla nomina, una lista dei creditori, compresi quelli contestati, a cui dovrà essere notificata la proposta del debitore¹⁴¹; altresì l'amministratore è chiamato ad assistere il debitore nella elaborazione della proposta¹⁴², ed ha il compito di sollecitare la composizione amichevole di tutte quelle controversie che possono insorgere, nelle more della procedura, tra debitore e creditori; ottenuta l'approvazione, è il propulsore della fase di omologazione e, nella ipotesi positiva, vigila la corretta esecuzione del regolamento contrattuale. Dal lato della salvaguardia degli interessi dei creditori, invece, ha gli obblighi di comunicare loro ogni inadempimento alla proposta, di preparare e di depositare prospetti trimestrali sulle attività medio tempore svolte dal debitore, di convocare una assemblea dei creditori.

In veste di garante della procedura, all'amministratore giudiziario è attribuita la legittimazione a chiedere il fallimento là dove verifichi che l'esecuzione degli obblighi concordatari (o la continuazione dell'attività di impresa) produca perdite ulteriori.

La proposta deve essere accompagnata, ai sensi dell'art. 24, da: 1) una situazione analitica delle attività e delle passività del debitore, certificata da un revisore dei conti o, se del caso, da un revisore autorizzato dalla legge; 2) una esposizione delle caratteristiche del dissesto e delle ragioni che l'hanno determinato, di concerto con le misure di ristrutturazione ritenute necessarie; 3) le modalità con cui il debitore intende superare le difficoltà finanziarie (aumento di capitale, conversione dei crediti in strumenti partecipativi, prestiti bancari, finanziamenti degli azionisti, soppressione di sedi secondarie o di posti di lavoro, liquidazione)¹⁴³.

¹⁴¹ Così S. POPA, *Succintă prezentare a dispozițiilor având un caracter de noutate în cuprinsul Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, cit., p. 88.

¹⁴² Nel cui contesto può raccomandare la predisposizione di operazioni straordinarie o, ancora, constatare l'operabilità della compensazione (per una analisi dei compiti e della responsabilità dell'amministratore giudiziario cfr. ADAM, N. ADAM, *op. cit.*, p. 24; M. SĂRĂCUT, *Desemnarea, confirmarea și înlocuirea administratorului judiciar*, in "Phoenix Revista de insolvență", 2014, pp.11 ss.).

¹⁴³ Si segnala che anche in Romania, ai sensi dell'art. 24, lett. b), si accorda il beneficio della prededuzione ai finanziamenti strumentali alla ristrutturazione.

Si segnala che la legge prevede una percentuale minima di soddisfazione del venti per cento, in mancanza della quale il debitore non ha alcuna possibilità di essere ammesso alla procedura.

La proposta di concordato si considera approvata se ottiene il voto favorevole di quei creditori che rappresentano il settantacinque per cento del valore dei crediti ammessi e non contestati dal debitore¹⁴⁴.

La procedura così prosegue verso il suo *iter* naturale, caratterizzato dal giudizio di omologazione ad opera del tribunale, il cui contenuto si sostanzia nella verifica, da una parte, del non superamento della soglia del venticinque per cento relativa ai creditori non aderenti, e, dall'altra, del raggiungimento effettivo della maggioranza prevista dalla legge. Il provvedimento del tribunale è così comunicato all'amministratore giudiziario, che provvede a pubblicarlo nel Registro del Commercio e dell'Industria in cui è inserito il debitore.

A decorrere dalla data della comunicazione di siffatto provvedimento, inoltre, vengono sospese tutte le procedure esecutive intraprese ai danni del proponente, a prescindere dalla natura del credito per cui si è agito; altresì, il giudice ha la possibilità di imporre ai creditori non aderenti, per un termine massimo di diciotto mesi, una sospensione dei processi di esecuzione e cautelari, durante i quali non possono correre interessi e sanzioni¹⁴⁵.

Da ciò si evince, *a contrario*, ma in maniera abbastanza chiara, che la disciplina rumena del concordato preventivo lascia impregiudicate le pretese dei creditori appartenenti alla soglia del venticinque per cento, al modo di un accordo di ristrutturazione dei debiti così come previsto dalla nostra legge fallimentare ai sensi dell'art 182 *bis*.

Nella norma dell'art. 24 della legge n. 85 del 2014, poi, al comma quarto, si prevede che, in caso di omologazione, la proposta deve essere eseguita nel termine massimo di ventiquattro mesi, eccezionalmente prorogabili a dodici, durante i quali il debitore continua a gestire la propria attività di impresa nei limiti di quella ordinaria, sotto la vigilanza dell'amministratore giudiziario¹⁴⁶.

Dal prisma della tutela dei creditori non aderenti, oltre alla possibilità di proporre opposizione nel contesto del giudizio di omologazione, è previsto all'art. 34 il rimedio dell'annullamento, chiamato ad ope-

¹⁴⁴ V. S.POPA, *Drept comercial*, cit., p. 234.

¹⁴⁵ In tema di effetti cfr. G. PIPEREA, *Procedurile de salvagardare a întreprinderilor aflate în dificultate*, cit., p. 28.

¹⁴⁶ In questo senso, espressamente, l'art. 33.

rare nelle ipotesi di nullità o di annullabilità contrattuali; altresì, il legislatore rumeno consegna anche la disciplina della risoluzione, là dove si riscontri una grave violazione¹⁴⁷, da parte del debitore, degli obblighi derivanti dall'accordo.

La procedura di concordato preventivo, oltre alle dette ipotesi patologiche, può concludersi, da una parte, nel caso di corretto adempimento dell'accordo, che determina il successo dell'operazione economica¹⁴⁸, e, dall'altra, là dove venga aperta la procedura fallimentare in ragione dell'inutile decorrenza del termine di esecuzione di cui sopra¹⁴⁹.

Da quanto detto si evince come, anche a fronte di una quasi esatta simmetria terminologica tra la *procedura concordatului preventiv* rumena e il nostro procedimento di concordato preventivo, in realtà i punti di frizione siano più d'uno, a cominciare dall'assenza, nel primo, dei caratteri della regolazione concorsuale e della universalità della stessa, assi portanti, al contrario, del secondo: in effetti, l'accordo ottenuto con il settantacinque per cento dei creditori non va ad intaccare il rapporto obbligatorio *in itinere* con i non aderenti, al massimo potendo questi ultimi subire solo una dilazione del termine di esecuzione per un massimo di diciotto mesi; ma a ciò non consegue una mutazione genetica della natura del concordato preventivo rumeno in procedura concorsuale, che rimane un contratto correttamente definito "giudiziario" in ragione della protezione che dalla omologazione consegue¹⁵⁰.

Al contrario, se si volge lo sguardo al di là dei confini delle procedure di prevenzione squisitamente dette, e ci si incammina nel sentiero della *Procedura insolvenței*, ci si accorge del fatto che in Romania una procedura concorsuale di natura preventiva -nel senso di precedente, in ter-

¹⁴⁷ Ai sensi dell'art. 35, secondo comma, costituiscono gravi violazioni degli obblighi concordatari quelle condotte dirette a favorire uno o più creditori a discapito degli altri, a occultare o ad alienare i beni nelle more della esecuzione dell'accordo, o ad effettuare pagamenti senza corrispettivo o in condizioni più gravose rispetto a quelle pattuite.

¹⁴⁸ In dottrina si parla di *finalizarea cu succes a procedurii*, in termenul prevăzut de lege (così S.POPA, *Drept comercial*, cit., p. 234).

¹⁴⁹ Sebbene non mi sia particolarmente chiaro se la conversione della procedura negoziale in quella concorsuale avvenga in maniera automatica, o sia comunque necessaria l'iniziativa di parte; la disciplina prevista in tema di amministratore giudiziario, in quella parte in cui gli attribuisce la legittimazione a chiedere il fallimento là dove verifichi che l'inesecuzione degli obblighi concordatari, farebbe propendere per la seconda soluzione.

¹⁵⁰ Va segnalato che, ciò nonostante, a differenza della svista verificata a proposito del mancato inserimento della procedura di *Predstečajnoga Postupka* croata, l'allegato A del Regolamento dell'Unione Europea n. 848 del 2015 sull'insolvenza transfrontaliera prevede espressamente, tra le procedure di insolvenza soggette alla sua applicazione, il *Concursul preventiv*.

mini cronologici, a quella fallimentare, e da cui prescinda- non esiste: per trovare un procedimento di tal fatta, che abbia l'effetto di estendere le condizioni approvate della maggioranza ai creditori di minoranza (o addirittura a quelli non coinvolti), bisogna proseguire nella lettura della legge n. 85 del 2014, fino ad arrivare alla disciplina degli artt. 132 ss., che prevedono la possibilità, in capo la debitore, a un terzo, o a uno o più creditori che rappresentino almeno il venti per cento del valore totale dei crediti, di depositare un piano di riorganizzazione giudiziaria¹⁵¹ valido *erga omnes*, successivamente alla apertura della procedura di insolvenza e prima del fallimento.

¹⁵¹ S. DUMITRU, O. D. MILU, *Reorganizarea judiciară, studiu de caz*, in "Phoenix Revista de insolvență", 2012, pp. 11 ss.; V. GODÂNC – HERLEA, *Reorganizarea judiciară, prin prisma proiectului Codului insolvenței*, *id.*, 2014 pp. 24 ss.; A.S. CLOPOTARI, *Prioritatea reorganizării în detrimentul falimentului în Legea nr. 85/2014*, *id.*, 2015, pp. 12 ss.

Parità di genere e principio di non discriminazione: la prospettiva comunitaria e quella nazionale

SOMMARIO: 1. Parità di genere e non discriminazione sul lavoro: brevi cenni sull'evoluzione europea e nazionale. - 2. Discriminazioni dirette e indirette: l'opera interpretativa della Corte di Giustizia. -3. Le azioni positive e gli organismi a sostegno della parità di trattamento. - 4. La tutela giudiziaria.

1. Parità di genere e non discriminazione sul lavoro: cenni sull'evoluzione europea e nazionale

Il tema della parità di trattamento nei luoghi di lavoro ha assunto, soprattutto negli ultimi anni, un rilievo crescente, con particolare riferimento al profilo fondamentale della c.d. parità di genere (uomo/donna). Al riguardo, il legislatore è intervenuto più volte, passando dalla tutela della donna quale fascia debole del mercato del lavoro (si pensi alla lavoratrice madre) alla enunciazione della parità "formale" tra lavoratori e lavoratrici (con la L. n. 903/1977)¹ e, da ultimo, con la previsione di

¹ Sul tema specifico della parità tra uomo e donna, va ricordata la (ormai abrogata) legge a tutela della maternità, L. n. 1204 del 30 dicembre 1971, che apre una prima fase, identificabile come fase "della tutela". Detto provvedimento legislativo prevedeva i diritti fondamentali della lavoratrice, ma anche, nell'ottica di tutela della stessa, il divieto di licenziamento nel c.d. periodo protetto, ossia nel periodo che decorre dall'inizio dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino. Degna di menzione è altresì la L. n. 7 del 9 gennaio 1963 che per la prima volta stabilisce la nullità sia delle clausole di nubilato (intendendosi per tali "le clausole di qualsiasi genere che prevedano comunque la risoluzione del rapporto di lavoro delle lavoratrici in conseguenza del matrimonio"), sia dei licenziamenti intimati per causa di matrimonio. Questa idea di specialità della tutela a favore della donna è stata nel tempo superata, tanto che, in omaggio al principio di parità di trattamento salariale e normativo, sarà poi pubblicata la L. n. 903 del 1977 (con cui si inaugura la fase della cd. parità formale). Viene fissato per la prima volta il divieto di discriminazione per sesso al momento dell'assunzione, precisando che tale divieto incombe sia sul datore di lavoro, sia su tutti i soggetti che, più o meno direttamente, possono porre in essere comportamenti che abbiano effetti discriminatori nel momento dell'accesso al lavoro. Si stabilisce altresì un divieto di discriminazione in tutte le fasi di svolgimento del rapporto di lavoro: non solo nel momento dell'accesso al lavoro, ma anche nell'assegnazione delle mansioni e nella cessazione. Pochi anni dopo l'approvazione della legge, però, cominciano ad emergere tutti i limiti: la normativa in questione non era dotata

azioni positive finalizzate a realizzare una parità lavorativa “sostanziale” fra uomo e donna².

Fondamentale, in proposito, è la qualificazione giuridica della fattispecie discriminatoria. Essa identifica, infatti, un trattamento non paritario attuato nei confronti di un individuo o un gruppo di individui in virtù della loro appartenenza a una particolare categoria. In particolare,

di strumenti capaci di incidere in profondità sul contesto complessivo e sulle radici strutturali della discriminazione ed emergeva l'inadeguatezza dell'apparato sanzionatorio; inoltre, nonostante la chiarezza di intenti risultante già dall'intitolazione, la legge si è in realtà rivelata ambigua. Da un lato, infatti, si temeva che le disposizioni di tutela della donna lavoratrice conducessero inevitabilmente alla sua emarginazione dal mercato del lavoro, tendente a rifiutare gli svantaggi derivanti dai maggiori costi imposti; dall'altro permaneva il dubbio che l'eliminazione della protezione conducesse ad un accentuato sfruttamento della forza-lavoro femminile. In argomento, v. M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 121 ss.; D. GOTTARDI, *Lavoro delle donne*, in *Appendice del Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1983, p. 729 ss.

² Solo con la L. n. 125/1991 (art. 1, co. 2) sarà possibile trovare l'esplicita affermazione secondo cui il conseguimento dell'eguaglianza sostanziale fra uomini e donne nel lavoro presuppone, tra l'altro, "l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità fra i due sessi": obiettivi, questi, da raggiungere anche mediante il ricorso ad "una diversa organizzazione delle condizioni e del tempo di lavoro". Con la citata Legge, intitolata proprio alle "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro", si apre la fase della "uguaglianza sostanziale", da realizzarsi attraverso la messa in campo delle cd. azioni positive. Scopo della legge, così come si legge nell'art. 1, è quello di promuovere l'occupazione femminile e realizzare l'uguaglianza sostanziale e l'effettiva parità tra uomini e donne nel lavoro, anche mediante l'adozione di misure finalizzate a rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità, appunto le c.d. azioni positive. L'anno 2000, invece, si apre in Italia con disposizioni sul tema specifico della maternità: la L. n. 53 dell'8 marzo 2000 contiene "disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città"; a questa legge segue, in attuazione della delega contenuta nell'art. 15 della Legge appena citata, un Testo Unico, il D.Lgs. 26 marzo 2001 n. 151, che ricomprende l'intera disciplina e che oggi costituisce punto di riferimento in materia. In ultimo, il recentissimo D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 80, in vigore dal 25 giugno 2015, recante misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, in attuazione dell'art. 1, co. 8 e 9, L. Delega n. 183/2014, modificando il D.Lgs. n. 151/2001, introduce misure volte a rafforzare le cure parentali, a tutelare la maternità dei genitori naturali, adottivi o affidatari (siano essi lavoratori autonomi o dipendenti), a rendere più flessibile la possibilità di fruire dei congedi in determinati casi come quelli di parto prematuro o di ricovero del neonato e a favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro per la generalità dei lavoratori. L'art. 25 del decreto prevede, in via sperimentale, per il triennio 2016-2018, che una quota pari al 10% delle risorse del Fondo per il finanziamento di sgravi contributivi per incentivare la contrattazione di secondo livello, di cui all'art. 1, co. 68, ult. periodo, L. 24 dicembre 2007, n. 247, e successive modificazioni, è destinata alla promozione della conciliazione tra vita professionale e vita privata, secondo i criteri che saranno indicati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

si può affermare di essere in presenza di un atto discriminatorio per ragioni di sesso quando la disparità di trattamento fra uomini e donne dà luogo ad una differenziazione ingiusta, che non trova alcuna giustificazione se non l'appartenenza all'uno o all'altro sesso.³

³ Il concetto di discriminazione si applica a qualsiasi comportamento che, direttamente o indirettamente, porti a distinguere, escludere, limitare o preferire una persona sulla base del genere di appartenenza, dell'orientamento sessuale, dell'età, della religione o delle convinzioni personali, dell'origine etnica, delle condizioni di disabilità e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica (cfr. art. 1, D.Lgs. 11 aprile 2006 n. 198 (c.d. Codice delle Pari Opportunità)). Tale principio si traduce in un espresso divieto di porre in essere, nei luoghi di lavoro, comportamenti discriminatori volti ad applicare a singoli lavoratori, o gruppi di essi, condizioni di lavoro diverse, in ragione delle caratteristiche degli stessi. In argomento, v. P. BELLOCCHI, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, Utet, 2014, p. 679 ss., secondo cui "Laddove un trattamento differenziato coinvolga elementi di identità personale meritevoli di una tutela rafforzata – anche in ragione della rilevanza costituzionale di essi – il legislatore interviene, seppure attraverso modalità diverse, per impedire che un determinato fattore (cosiddetto di rischio) possa assumere rilevanza pregiudizievole per il soggetto o per il gruppo interessato"; A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2015, p. 304 ss.; ID., *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2015, p. 316 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 293 ss.; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro - Nozione, interessi, tutele*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2010; M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro – Il lavoro antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005. Va detto, a tal proposito, che la dottrina si è interrogata a lungo circa l'esistenza o meno nel nostro ordinamento di un principio "generale" di parità di trattamento tra i lavoratori: di un obbligo, cioè, per il datore di lavoro, di riconoscere, a parità di qualifica e di mansioni, lo stesso trattamento economico e normativo ai lavoratori non caratterizzati da fattori differenziali protetti. L'opinione maggioritaria è che nel nostro ordinamento non sono ravvisabili norme che stabiliscono un obbligo generale di parità di trattamento tra i lavoratori. In argomento v. G. FALASCA, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2011, p. 141; S. FOFFANO, N. PACE, *Le discriminazioni retributive: un approccio giuridico ed economico*, in "Lavoro e diritto", 2011, p. 669; L. LAZZERONI, *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione – Linguaggi e percorsi normativi*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 232 ss. che fa salve le fattispecie già regolate con appositi divieti di discriminazione; A. VALLEBONA, *Istituzioni*, cit., pp. 322 ss. secondo cui la tutela antidiscriminatoria non può essere confusa con un inesistente principio generale di parità di trattamento; M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 180 ss.; M. RUSSO, *Spunti di riflessione sull'attualità del dibattito in materia di parità di trattamento retributivo*, in "Lavoro e previdenza oggi", fasc. IX-X, 2014, p. 493, secondo cui "E' vero che l'art. 3 Cost. sancisce il principio di uguaglianza per tutti i cittadini, ma ciò vale solo "davanti alla legge". Pertanto, anche alla luce degli artt. 39 e 41 Cost., l'autonomia collettiva e individuale può prevedere trattamenti differenziati tra lavoratori che abbiano i medesimi requisiti

La legislazione italiana è stata fortemente influenzata dall'evoluzione del diritto e delle politiche della Comunità, prima, e dell'Unione europea, poi⁴. È stato proprio il diritto comunitario, già con l'art. 119 del Trat-

ti". La giurisprudenza ha sempre confermato questa lettura (cfr., *ex pluribus*, Cass. 23 marzo 2011, n. 6639, in "Giustizia Civile – Massimario", 2011, III, p. 450; Cass. 9 febbraio 1990, n. 947, in "Diritto del lavoro", 1990, II, p. 117 ss. e in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1990, II, p. 947; Trib. Napoli, 16 novembre 1990, *ivi*, 1990, II, p. 777; Trib. Milano, 22 gennaio 1994, *ivi*, 1995, I, p. 322). In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione (Cass. S.U. 29 maggio 1993, n. 6031, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1993, II, p. 500; Conf. Cass. S.U. 17 maggio 1996, n. 4570; Cass. S.U. 20 maggio 2004, n. 9643, in "Giustizia Civile – Massimario", 2004, p. 5; Cass. 30 aprile 2010, n. 10550) hanno più volte avuto modo di precisare che non esiste nel nostro ordinamento un principio che imponga al datore di lavoro, nell'ambito di rapporti privatistici, di garantire parità di retribuzione e/o di inquadramento a tutti i lavoratori svolgenti le medesime mansioni, atteso che l'art. 36 Cost. si limita a stabilire il principio di sufficienza e adeguatezza della retribuzione, prescindendo da ogni comparazione intersoggettiva, e che l'art. 3 Cost. impone l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, non anche nei rapporti interprivati; la mera attribuzione di un trattamento retributivo superiore a parità di mansioni, pertanto, non potrebbe mai fondare il diritto di altri lavoratori al medesimo, superiore compenso. Anche la Corte Costituzionale si è più volte pronunciata in materia, ritenendo che all'imprenditore sia consentito di applicare trattamenti diversi a parità di mansioni purché i poteri discrezionali del datore di lavoro non si esprimano "in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio", senza svolgersi "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana" (Corte Cost., 9 marzo 1989, n. 103 in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1989, II, p. 389). La negazione del principio di parità di trattamento non significa, tuttavia, che il datore di lavoro non incontri limiti nell'esercizio dei propri poteri: egli è comunque tenuto a rispettare il principio di non discriminazione, che trova il suo fondamento nell'art. 3 della Costituzione e nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Per la giurisprudenza comunitaria sul punto, cfr. Corte di Giustizia, 18 dicembre 1997, C-309/96, in "Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea" (d'ora in poi "Raccolta"), 1997; sent. 16 settembre 1999, C-218/98, in Raccolta, 1999 e sent. 29 novembre 2001, C-366/99, in "Raccolta", 2001, punto 39. V. anche L. LAZ-ZERONI, *op. cit.*, p. 88 ss.).

⁴ Nell'elaborazione di un principio di parità e pari opportunità tra donne e uomini nell'ordinamento giuridico europeo, un rilevante contributo è stato dato dai trattati e dalle altre fonti del diritto comunitario, ma soprattutto dall'opera interpretativa della Corte di Giustizia, che ha espresso in materia di parità l'elaborazione più rilevante in ambito lavoristico. Precise disposizioni antidiscriminatorie sono presenti nella Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945 che indica, tra gli obiettivi dell'organizzazione, la promozione del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali di tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione; nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 il cui art. 2 dispone che "ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione", mentre all'art. 23 si dispone che "ogni individuo, senza discriminazione, ha diritto ad eguale retribuzione per eguale lavoro"; nella Convenzione europea per la salvaguardia e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 che all'art. 14 prevede che "il godimento

tato di Roma del 1957, istitutivo della Comunità economica europea (divenuto poi art. 141 del TCe e oggi art. 157 TFUE), a prendere l'iniziativa nel promuovere i vari aspetti della parità, quando la gran parte dei diritti nazionali era al riguardo inattiva o contraria. Il principio della parità delle retribuzioni "per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore", da principio di portata limitata⁵, giunge poi a rappresentare solo uno specifico aspetto del più ampio principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego ed assume il valore di "principio fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario", come riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia, laddove afferma che tale principio fa parte dei diritti fondamentali di cui la Corte deve garantire l'osservanza (cfr. Corte di Giustizia Ce, 8 aprile 1976, causa 43/75, in "Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia", 1976, p. 455, nonché Corte di Giustizia Ce 15 giugno 1978, causa 149/77, *ivi*, 1978, p. 1365)⁶. In particolare, la prospettiva è cambia-

dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione". Di rilevante importanza per la materia in oggetto sono poi le numerose Convenzioni OIL, tra cui la n. 111/1958, avente a specifico oggetto proprio la discriminazione in materia di impiego e nelle professioni. In argomento v. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2012, p. 239; L. CALAFA', D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Ediesse, 2009; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 86 ss.; M. ROCCELLA, M.P. AIMO, D. IZZI, *Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2006; J. CRUZ VILLALON, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in "Diritto del lavoro e delle relazioni industriali", 2003, p. 353 ss.; A. FASANO, P. MANCARELLI, *Parità e pari opportunità uomo-donna. Profili di diritto comunitario e nazionale*, Torino, Giappichelli, 2001; R. FOGLIA, *Il lavoro - Il diritto privato nell'Unione Europea*, vol. XXVI – Tomo II, in M. BESSONE, *Trattato di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 53 ss..

⁵ In origine, il Trattato istitutivo della Comunità economica europea ha stabilito unicamente il divieto di discriminazione per nazionalità tra cittadini degli Stati membri (art. 7) e il principio di uguaglianza retributiva fra uomini e donne sul lavoro (art. 119 Trattato di Roma; oggi art. 157 TFUE), in stretta rispondenza alla finalità funzionalista perseguita dalla Comunità economica europea: la previsione di un'uguale retribuzione tra lavoratori e lavoratrici era infatti volta a soddisfare, più che ragioni di politica sociale, la realizzazione di un mercato comune, nonché l'esigenza di eliminare le distorsioni della concorrenza, basate sulla sottoretribuzione del lavoro femminile. Cfr. C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 86. Sul punto v. M. RINALDI, *Il lavoro femminile e il concetto di pari opportunità*, in *Lavoro - Il diritto privato nella giurisprudenza*, II, *Il lavoratore*, a cura di P. CENDON, Torino, Utet, 2009, p. 461.

⁶ L'iniziativa comunitaria ha subito una forte accelerazione verso la metà degli anni '70. In primo luogo, il principio della parità di retribuzione fra i lavoratori dei due sessi costituisce l'oggetto della direttiva 75/117/CEE del Consiglio, sull'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso fem-

ta con l'istituzione della cittadinanza europea e con la focalizzazione dell'attenzione sulla persona in quanto tale, a prescindere dallo svolgimento di un'attività economica, nell'ottica di un maggior riconoscimento dei diritti sociali. Così, l'eliminazione delle ineguaglianze e la promozione della parità tra uomini e donne divengono obiettivi espressi della Comu-

minile, il cui art. 1 così disponeva: "il principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'articolo 119 del trattato, implica, per uno stesso lavoro o per un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni". Nel novero delle direttive antidiscriminatorie "di prima generazione" rientrano, in particolare: la direttiva n. 76/207/CEE, con la quale "l'attuazione negli Stati membri del principio di parità di trattamento fra uomini e donne" viene esteso a tutti gli aspetti della vita professionale: dall'accesso al lavoro, comprese le modalità di offerta dell'impiego, alla formazione, alla carriera, fino ai regimi di sospensione e cessazione del rapporto e in genere alle condizioni di impiego, specificando all'art. 2 che "il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia". La direttiva introduce inoltre al tema delle azioni positive, specificando che "la presente direttiva non ostacola le misure volte a promuovere l'uguaglianza di opportunità per gli uomini e le donne, in particolare per porre rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne" (art. 2, co. 4); la direttiva n. 86/613/Cee, con cui il principio della parità di trattamento è reso applicabile anche agli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, ivi comprese le attività nel settore agricolo; la direttiva n. 79/7/Cee, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale e la direttiva 86/378/CEE del Consiglio del 24 luglio 1986 che garantisce la parità nei regimi professionali di previdenza sociale; infine, la direttiva n. 97/80/Ce, concernente "l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso", il cui art. 1 garantisce a "chiunque si ritenga leso dalla inosservanza nei suoi confronti del principio della parità di trattamento di ottenere il riconoscimento dei propri diritti per via giudiziaria, dopo l'eventuale ricorso ad altri organi competenti". Essa stabilisce che spetta alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio di parità di trattamento, ove chi si ritiene leso abbia prodotto, dinanzi ad un organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta. Gli anni Novanta segnano l'inizio di una nuova "età dell'oro" della legislazione antidiscriminatoria, caratterizzata dall'ampliamento e dall'approfondimento delle politiche sociali e della tutela contro le discriminazioni. La spinta proviene anzitutto dal processo di integrazione europea. Nel 1992 viene siglato il Trattato di Maastricht, con un accordo sulla politica sociale sottoscritto da 11 Paesi, volto ad estendere le competenze dell'Unione europea in alcuni settori, tra cui la parità di trattamento tra uomini e donne. Con il trattato di Amsterdam del 1997, viene riformulato l'ex art. 119 del Trattato di Roma (divenuto ora art. 141 TCE, che, al co. 1, così prevede: "Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore", estendendo il campo di applicazione del principio di eguaglianza di genere dalla retribuzione al complesso delle condizioni di lavoro e di occupazione, e consacrando il principio di pari opportunità, laddove si riconosce la possibilità per gli Stati membri di adottare in ambito lavorativo azioni positive che prevedano vantaggi specifici a fa-

nità e canoni informatori dell'azione comunitaria nel suo complesso⁷. Oggi,

vore del sesso sottorappresentato. Il comma 3 dell'art. 119 prevede che "Il Consiglio ... adotta misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore". La stessa norma, al comma 4 sancisce che "allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali". Il principio della parità delle retribuzioni "per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore" diventa espressione di un principio generale di non discriminazione fra i lavoratori dei due sessi, specie da quando la giurisprudenza comunitaria ne riconosce un'efficacia diretta (che, cioè, non necessita di misure di attuazione da parte della Comunità o degli Stati membri), nei confronti non solo degli Stati, ma anche dei singoli datori di lavoro privati e pubblici. Tale norma dà origine a situazioni giuridiche attive giustiziabili davanti alla magistratura nazionale nei confronti delle varie possibili fonti di discriminazione. In argomento v., M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 19 ss.; M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, p. 243.

⁷ Il Trattato di Amsterdam inserisce nel Trattato Ce una nuova clausola antidiscriminatoria (art. 13) che, per la prima volta, amplia i confini tradizionali dei divieti di discriminazione stabiliti dall'ordinamento comunitario (nazionalità e sesso), per sancire quali motivi illeciti la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, l'*handicap*, l'età, l'orientamento sessuale; inoltre, viene delegato il Consiglio ad assumere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate su tali caratteristiche soggettive. In tale ottica, l'art. 13 così dispone: "Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali". La citata disposizione ha rappresentato un importante passo in avanti nella lotta alle discriminazioni, imponendo alla Comunità europea di combattere le discriminazioni per i motivi enunciati nella norma nei confronti di tutte le persone che si trovino nel suo territorio ed a prescindere dall'esercizio di un'attività economica connessa con il mercato interno. Il Trattato di Amsterdam rappresenta il vero momento di svolta nella tutela del principio di eguaglianza e del lavoro femminile a livello comunitario. Per la prima volta, l'uguaglianza generale è espressamente inserita tra gli obiettivi che l'Unione europea deve perseguire: l'art. 2 dispone che "La Comunità ha il compito di promuovere, nell'insieme della Comunità ... la parità tra uomini e donne ...". In particolare, l'art. 3, co. 2 prevede che "l'azione della Comunità mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne". Per un maggiore approfondimento, v. C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 155. I valori proclamati ad Amsterdam verranno poi confermati nella Carta dei diritti fondamentali, approvata a Nizza nel 2000, che segna anch'essa un rilevante salto di qualità nella tutela dell'eguaglianza. In essa l'eguaglianza viene espressamente iscritta (insieme a dignità, libertà, solidarietà, cittadinanza, giustizia) tra i principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione Europea e specificata in più formulazioni. È proclamata classicamente come principio di eguaglianza davanti alla legge (art. 20), declinata come diritto a non essere discriminati sulla base di caratteristiche soggettive costitutive dell'identità della persona (art. 21), consacrata come espressione dell'intento dell'Unione di assicurare parità di trattamento e pari opportunità tra uomini e donne anche nel lavoro (art. 23).

il principio di parità è uno dei compiti fondamentali dell'Unione europea, da perseguire trasversalmente in tutte le sue politiche ed i suoi ambiti di intervento. L'eguaglianza di trattamento e di opportunità rappre-

In particolare, l'art. 23 sancisce che "la parità di trattamento tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione", prevedendo, inoltre, al comma 2, che, al fine di realizzare la parità, non possono ritenersi illegittime le "misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato". A partire da tali nuove basi giuridiche, nel 2000 l'Unione Europea adotta, a distanza di pochi mesi, due nuove direttive: la direttiva n. 2000/43 Ce, che attua il principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e stabilisce regole valide per la sfera lavoristica e previdenziale, ma anche per gli aspetti attinenti alle prestazioni sociali, all'istruzione, all'accesso e alla fornitura di beni e servizi; la direttiva n. 2000/78/Ce che, tutelando le caratteristiche soggettive della fede religiosa, delle convinzioni personali, lo stato di disabilità, l'età e l'orientamento sessuale, stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione, condizioni di lavoro e formazione professionale. Le direttive segnano un passo importante nell'evoluzione del diritto comunitario, che comincia ad affrancarsi dall'originaria sudditanza delle politiche sociali rispetto alle ragioni dell'economia, iniziando a parlare "il linguaggio dei diritti". Sul punto, v. C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 216; M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, p. 287 ss.; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 19 in cui viene riportato il 9° considerando della direttiva 2000/78 laddove si afferma che "l'occupazione e le condizioni di lavoro sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti i cittadini e contribuiscono notevolmente alla piena partecipazione degli stessi alla vita economica, culturale e sociale e alla realizzazione personale". Nelle due direttive c.d. "gemelle" vengono elaborate le prime compiute definizioni di discriminazione, sia diretta che indiretta, nonché quella di molestie. Entrambe le direttive dedicano specifiche disposizioni a rimedi esperibili e sanzioni applicabili in caso di violazione del principio di parità di trattamento, con il chiaro intento di dare effettività ai divieti di discriminazione. Cfr. P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2002, I, p. 107 ss. La loro precipua finalità è infatti soprattutto la costituzione di un impianto normativo per la lotta alle discriminazioni che, nel progetto del legislatore comunitario, è lo strumento attraverso il quale diviene effettivo il principio di parità di trattamento. Prende invece più tempo l'approvazione, a due anni di distanza, della direttiva n. 2002/73 Ce, relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione e promozione professionale. Quest'ultima è di particolare rilevanza, poiché viene ad adeguare il quadro normativo dettato dalla precedente direttiva n. 76/207/Cee, alle nuove disposizioni del Trattato e alla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia. La direttiva ribadisce che la parità fra donne e uomini è un principio fondamentale del Trattato Ce, oltre che compito e obiettivo della Comunità; viene inoltre indicato per la prima volta il *mainstreaming* come vero e proprio "metodo", introducendo l'obiettivo della pari opportunità in tutti gli ambiti di attività: il principio delle pari opportunità dovrà essere integrato in tutte le politiche e azioni comunitarie e tutte le decisioni dovranno essere valutate anche nel loro impatto differenziato sulla vita delle donne e degli uomini. A tal fine l'art. 1 bis direttiva 2002/73 prevede ora che "gli Stati membri tengono conto dell'obiettivo della parità tra gli uomini e le donne nel formulare ed attuare leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività": gli Stati membri, e quindi anche l'Italia, hanno l'obbligo di informare la normazione e le politiche interne al canone dell'ugua-

senta un valore primario e un principio ispiratore dell'Europa sociale.⁸

glianza di genere. In argomento v., S. FOFFANO, N. PACE, *Le discriminazioni retributive: un approccio giuridico ed economico*, cit., p. 673; M. RINALDI, *op. cit.*, p. 478. La presenza di questi tre importanti interventi normativi (che vengono definiti in dottrina di "seconda generazione") determina l'ampliamento della declinazione della tutela antidiscriminatoria, giungendo a comprendere fattispecie in precedenza non tutelate, con il conseguente superamento della monotematicità dell'ambito di intervento comunitario che, negli ultimi 30 anni, aveva interessato quasi esclusivamente la discriminazione per genere. Anche la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età e le tendenze sessuali, divengono ora oggetto di protezione discriminatoria. Più recenti, la direttiva n. 2004/113/Ce, che attua il principio dell'eguaglianza di donne e uomini nell'accesso ai beni e ai servizi e alla loro fornitura; la direttiva n. 2006/54/Ce che costituisce il risultato di un'operazione di "rifusione" da parte del legislatore sovranazionale e risulta, oggi, quasi esclusivo punto di riferimento. Essa trova origine nell'esigenza di far confluire in un unico testo le diverse discipline comunitarie in tema di parità fra uomini e donne nel lavoro; si configura, infatti, come un contenitore giuridico nel quale hanno avuto collocazione, in un solo atto comunitario, tutte le precedenti direttive, allo scopo di riordinare e razionalizzare, per rendere organico e omogeneo, il diritto derivato concernente "l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego", rileggendo la legislazione vigente in materia anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁸ Nel trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che ha modificato tutti i precedenti trattati istitutivi dell'Unione europea, la centralità dei diritti umani viene accentuata, anche attraverso il richiamo espresso alla Carta dei diritti fondamentali, alla quale viene attribuito valore giuridico vincolante, nonché prevedendo l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'Unione riconosce la parità tra uomini e donne come uno dei "valori comuni" agli Stati membri su cui si fonda l'Unione europea (art. 2 TUE) e che la stessa promuove nelle sue azioni (art. 3 TUE). L'art. 10 TFUE sottolinea il rilievo centrale dell'intervento di contrasto verso le discriminazioni, statuendo che "nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale". L'art. 19 TFUE, che riformula l'art. 13 TCE, dispone che "Il Consiglio (...) può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale", mentre l'art. 8 TFUE proclama il rispetto della parità uomo-donna contro ogni forma di ineguaglianza e l'art. 21 riconosce l'eguaglianza come principio informatore dell'Unione europea. Sulla scia della Strategia per l'uguaglianza tra donne e uomini (2010-2015), adottata dalla Commissione Europea il Consiglio, con il Patto europeo per l'uguaglianza di genere, ha formalizzato l'impegno degli Stati membri, per il periodo 2011-2020, di ridurre la differenza tra i sessi nel lavoro, nell'educazione e nella protezione sociale, di conciliare la vita lavorativa con quella familiare, migliorando l'offerta di servizi per l'infanzia e introducendo modalità di lavoro flessibili, di promuovere la partecipazione delle donne al processo decisionale, e di lottare contro ogni forma di violenza contro le donne. Quest'ultima, al pari di altre forme di discriminazione, costituisce un vero ostacolo alla parità tra donne e uomini. In argomento, v. *Parità di genere nell'Unione europea e riflessi nell'ordinamento italiano*, a cura di V. BAZZOCCHI, I. LUCATI, in <http://www.europeanrights.eu>. Per un maggior approfondimento sul punto, si veda V. SORCI, R. ZUCARO, *Il gender gap: l'analisi del World Economic Forum*, in "Diritto delle relazioni industriali", 2014, p. 300 ss.

Nell'ordinamento italiano, il diritto antidiscriminatorio affonda le proprie radici innanzitutto nell'art. 3 della Costituzione, considerato sia da un punto di vista formale, come uguaglianza davanti alla legge (co. 1), sia da un punto di vista sostanziale, come compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza, impediscono la realizzazione di condizioni di effettiva parità (co. 2).⁹

Al di là dell'apparente contrasto rinvenibile tra la regola prevista dal primo comma e la regola contenuta nel secondo comma, i due principi sono teleologicamente correlati: quanto affermato nel 1° comma, infatti, rischia di rimanere una mera affermazione di principio in assenza di interventi correttivi da parte dello Stato, la cui adozione è riconosciuta e legittimata dal secondo comma¹⁰.

⁹ Tale norma rappresenta il fondamento ultimo della legislazione volta a proteggere i lavoratori dalle disparità di trattamento ingiustificate e a promuovere le condizioni necessarie al superamento degli ostacoli che si frappongono alla loro piena realizzazione. Il primo comma, affermando che "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali", ha un contenuto sostanzialmente negativo, risolvendosi in un divieto di porre in essere discriminazioni a sfavore dell'uno o dell'altro sesso, ed è teso, dunque, al superamento di ogni forma di discriminazione che dell'uguaglianza è l'inevitabile rovescio. Il secondo comma, invece, con l'assegnare alla Repubblica il compito di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", si connota, invece, per una valenza positiva e promozionale, fondandosi sulla attribuzione di rilevanza a tutti quei fattori che contribuiscono a distinguere fra loro gli individui. Suo fine precipuo è quello di garantire le medesime opportunità e un'effettiva parità fra uomini e donne, legittimando l'introduzione di misure legislative e di singoli interventi correttivi di disuguaglianze di fatto. Sul punto, v. D. IZZI, *op. cit.*, p. 2, secondo la quale nella "sfida delle differenze" a cui il diritto del lavoro è oggi chiamato a rispondere, il valore di uguaglianza viene in rilievo in termini di annullamento delle differenze individuali irrilevanti ai fini del riconoscimento della pari dignità di ogni persona, ma anche di impegno all'eliminazione delle situazioni di svantaggio economico e sociale. Si veda anche M. RUSCIANO, *Il valore della diversità nel diritto del lavoro* in R. SANTUCCI, G. NATULLO, V. ESPOSITO, P. SARACINI (a cura di), *Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 141 e p. 143 ss., secondo il quale il diritto del lavoro, per realizzare l'eguaglianza tra i lavoratori, deve impedirne le discriminazioni e valorizzarne le differenze, cercando di essere in grado di mantenersi in equilibrio tra l'eguaglianza formale, sostanziale e valutativa, tra parità di trattamento e disparità giustificate.

¹⁰ In tale direzione, D. IZZI, *op. cit.*, p. 282 secondo cui l'uguaglianza formale e quella sostanziale costituiscono le due facce di un medesimo principio, laddove l'eguaglianza sostanziale assolve al ruolo di integrazione e rafforzamento dell'eguaglianza formale. Si veda anche L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in "Democrazia e Diritto", 1993, p. 53, secondo cui i due commi sono diretti, seppure attraverso metodi e percorsi diversi, verso un unico fondamentale obiettivo, che è quello di assicurare il

In tale prospettiva si pone il discusso tema del “diritto diseguale”, finalizzato a garantire pari opportunità di perseguire i progetti di vita e di partecipare all’organizzazione della società, anche attraverso l’istituzione di “azioni positive” orientate al risultato (*result oriented*). Ne costituisce un’esemplare manifestazione lo stesso art. 37, co. 1, Cost. che, nel richiedere l’adeguamento delle condizioni di lavoro all’ “essenziale funzione familiare” e materna svolta dalle donne, delinea una prima e significativa espressione del “diritto diseguale” legittimato dai costituenti.¹¹

Nell’art. 37 Cost. è riconoscibile un doppio motivo ispiratore: la logica protettiva e la prospettiva paritaria. Da un lato, si intende garantire alla lavoratrice che le condizioni di lavoro non compromettano e siano anzi adeguate alle esigenze delle funzioni familiari e materne; dall’altro, si vuole evitare che la famiglia e lo stato di maternità possano pregiudicare il lavoro femminile, traducendosi, di fatto, in un ostacolo all’esercizio del diritto al lavoro e in sistematiche penalizzazioni nella vita professionale¹².

pieno sviluppo della persona umana, attraverso la garanzia di parità di trattamento e parità di opportunità, le quali si integrano per la costruzione di un unico rapporto dell’eguaglianza, basato sulla “pari dignità” delle differenze. Anche la Corte Costituzionale ha oggi accolto una concezione dell’uguaglianza non meramente paritaria, ma “valutativa”: una concezione, cioè, in virtù della quale è il medesimo principio di eguaglianza che, così come impone di trattare in modo uguale situazioni uguali, richiede di trattare in modo diverso situazioni diverse: in tale prospettiva le differenze di trattamento normativo devono essere ragionevolmente giustificate, non potendosi ammettere differenziazioni di trattamento arbitrarie e ingiustificate. In merito, v. sent. Corte Cost. 29 marzo 1960 n. 15; 23 marzo 1966 n. 25, in “Giurisprudenza Costituzionale”, 1966; 19 aprile 1972 n. 62; 29 dicembre 1972 n. 200 in cui la Corte afferma che il principio di eguaglianza è violato “quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni”; 25 giugno 1981 n. 111, in “Giurisprudenza Italiana”, 1982, I, p. 8 in cui si ritiene che il principio di cui all’art. 3 risulti violato “quando di fronte a situazioni obiettivamente omogenee, si ha una disciplina giuridica differenziata determinando discriminazioni arbitrarie ed ingiustificate”; negli stessi termini, Cass. n. 163 del 1993; n. 340 del 2004 secondo la quale “si ha violazione dell’art. 3 della Costituzione quando situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, mentre non si manifesta tale contrasto quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non sostanzialmente identiche”. Il principio di eguaglianza sostanziale non solo consente, ma addirittura impone differenziazioni di trattamento quando queste dovessero servire a riequilibrare situazioni oggettive e sostanziali differenziate e a ripristinare proprio la condizione di eguaglianza formale. Così, M. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 147; si veda anche A. S. AGRÒ, *Il principio di eguaglianza formale*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 9 ss. e www.cortecostituzionale.it

¹¹ Cfr. D. Izzi, *op. cit.*, p. 275.

¹² Nel primo capoverso trova infatti affermazione il c.d. “principio paritario” laddove viene in rilievo la donna lavoratrice che, in quanto tale, ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore; nel secondo, si sottolinea la neces-

Alla donna deve essere riconosciuto il diritto di decidere secondo la propria libertà di scelta. Di conseguenza, compito della Carta costituzionale è quello di garantire la compatibilità fra i due ruoli, “familiare” e “lavorativo”, rimuovendo a tal fine gli ostacoli di fatto che possono impedire la contestualità delle due posizioni¹³.

In ambito giuslavoristico, norma fondamentale, nella prospettiva della garanzia dell’eguaglianza sancita dall’art. 3 Cost. è rappresentata, nel nostro ordinamento, dall’art. 15 dello Statuto dei Lavoratori (L. n. 300/1970), che rimane, tutt’oggi, la “pietra d’angolo dell’architettura antidiscriminatoria in ambito lavoristico”.¹⁴

Nello Statuto dei lavoratori, erano inizialmente vietate le sole discriminazioni sindacali, politiche e religiose. Sotto l’impulso convergente delle scelte innovative del legislatore nazionale e di quello comunitario¹⁵, sono stati introdotti, con la L. n. 903 del 1977, tre nuovi fattori (sesso, razza, lingua), che si aggiungono alla discriminazione per motivi sindacali, politici e religiosi, rafforzando in tal modo la tutela dei soggetti appartenenti a gruppi svantaggiati o sottorappresentati. Con i D. Lgs. n. 215/2003

sità dell’intervento protettivo della lavoratrice madre, affermando che le condizioni di lavoro devono consentire l’adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare sia alla madre che al bambino una speciale e adeguata protezione. Cfr., M. RINALDI, *op. cit.*, p. 495, che ha evidenziato come scopo della norma è quello di sottolineare l’impegno dello stato a rendere effettiva per le donne la compatibilità tra situazione familiare e materna e lavoro extra-domestico, ponendo in essere tutte le condizioni, giuridiche e materiali, necessarie al fine di una libera decisione. È questa un’interpretazione che suggerisce uno stretto coordinamento tra l’art. 37 Cost. ed i principi sanciti dagli artt. 3, co. 2, e 4 Cost.. In tal senso, M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, cit., p. 121 ss.; D. GOTTARDI, *Lavoro delle donne*, cit., p. 732; T. TREU, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli, 1979, p. 157. V. anche Corte Cost., 5 marzo 1969, n. 27 in “Giurisprudenza Costituzionale”, 1969, p. 371 secondo cui il trattamento differenziato e la legislazione protettiva della donna sono finalizzati ad assicurare alla stessa, in linea con il primo comma dell’art. 3, la pari dignità sociale e la sua libertà di autodeterminazione, ma altresì l’uguaglianza sostanziale, affinché essa sia posta in posizione di assoluta parità rispetto all’uomo nel rapporto di lavoro e nel godimento del diritto al lavoro di cui all’art. 4 Cost.

¹³ Ne deriva che lo stesso legislatore deve adoperarsi, attraverso un programma di interventi pubblici, affinché tale compatibilità sia resa effettiva dalla rimozione delle condizioni sociali, culturali ed economiche svantaggiose, che possono derivare anche dall’adempimento della funzione familiare. L. GALANTINO, *op. cit.*, p. 206; T. TREU, *Commentario...*, loc. cit.

¹⁴ Così, S. GIUBBONI, S. BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di M. MARTONE, *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, Padova, Cedam, 2012, Vol. IV, t. II, p. 1822.

¹⁵ In merito, v. G. DOSSI, *Poteri del giudice nell’azione giudiziaria antidiscriminazione: riflessioni sulla giurisprudenza italiana alla luce degli obblighi del diritto europeo*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2014, I, p. 117 ss.

e n. 216/2003 (che hanno recepito le direttive n. 2000/43 e n. 2000/78), e quindi con la spinta dell'Unione europea, si assiste ad una nuova fase di notevole espansione, con l'aggiunta all'articolo in questione di fattori di potenziale rischio che risultano innovativi rispetto alla nostra tradizione giuridica: l'*handicap*, l'età, l'orientamento sessuale e le convinzioni personali.¹⁶

La stratificazione delle norme causata dal costante evolversi della materia ha indotto infine il Legislatore ad attuare un "piano di riordino", culminato con la pubblicazione del Codice delle pari opportunità di cui al D.Lgs. n. 198 dell'11 aprile del 2006.¹⁷

¹⁶ Così come modificata, la norma oggi dispone che è da ritenersi nullo qualsiasi patto o atto diretto a: "a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali." Si discute circa il carattere tassativo o esemplificativo degli elementi presi in considerazione. Secondo un'autorevole opinione dottrinale, oggi si ritiene che l'elencazione dei motivi discriminatori, contenuta nell'art. 15 dello Statuto, debba essere considerata meramente esemplificativa e non tassativa, potendo perciò comprendere ulteriori fattori discriminatori giudicati illeciti dall'ordinamento. Cfr. A. LASSANDARI, *op. cit.*, p. 120; G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 112. Altra parte della dottrina sostiene, invece, la tassatività dei fattori di discriminazione. Cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni*, cit., p. 317 che, a tale tassatività, contrappone "l'assoluta atipicità" del contenuto della discriminazione stessa, che può consistere in qualsiasi "pregiudizio" e, quindi, in qualsiasi "atto, patto o comportamento". La fattispecie degli "atti" oggetto di divieto di discriminazione contenuta nell'art. 15 è infatti strutturata in modo aperto, nel senso che include nel divieto non solo gli atti specificamente indicati, ma copre qualsiasi provvedimento lesivo degli interessi del lavoratore e in grado di recare comunque pregiudizio al lavoratore stesso. Con il D. Lgs. n. 145/2005, viene recepita la normativa comunitaria di cui alla direttiva 2002/73/Ce, sull'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne con riguardo all'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e alle condizioni di lavoro; mentre la direttiva c.d. di rifusione n. 54/2006 troverà attuazione nel nostro ordinamento solo con il D.Lgs. n. 5 del 2010.

¹⁷ Mediante la L. delega 28 novembre 2005, n. 246, il legislatore italiano ha deciso di procedere alla raccolta della normativa in materia di pari opportunità, attribuendo al Governo la delega ad adottare "uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di pari opportunità, secondo i principi, i criteri direttivi e le procedure di cui all'art. 20, L. 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni". Il testo è stato poi modificato innanzitutto ai sensi dell'art. 8 *quater* del D. L. 8 aprile 2008, n. 59, recante "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee", convertito quindi con modificazioni dalla L. n. 101 del 6 giugno 2008; ancora e da ultimo ai sensi del D. Lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, recante "Attuazione della direttiva 2006/54/Ce relativa al principio delle pari opportuni-

2. Discriminazioni dirette e indirette: l'opera interpretativa della Corte di Giustizia

La lunga evoluzione della vigente normativa antidiscriminatoria e del diritto comunitario ha determinato una progressiva articolazione nella classificazione dei fenomeni antidiscriminatori.

Tradizionalmente si distingue tra discriminazione diretta e indiretta¹⁸.

L'art. 25, co. 1, D. Lgs. n. 198/2006 considera discriminazione diretta "qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e comunque il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga"¹⁹.

ta fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego". La delega riguardava tutti i fattori di rischio regolati dalle più recenti direttive antidiscriminatorie, ma essa è stata attuata solo per la parte relativa al genere dei lavoratori e delle lavoratrici. Il testo del decreto è articolato e ponderoso e consta di ben 4 libri così organizzati: Libro I: disposizioni per la promozione delle pari opportunità tra uomo e donna, il cui art. 1 prevede che "le disposizioni ivi contenute hanno ad oggetto le misure volte ad eliminare ogni discriminazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo". Libro II: pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti etico-sociali. Libro III: pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti economici. Libro IV: pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti civili e politici. Tale decreto è stato però oggetto di numerose critiche per non aver assolto alla funzione di unificazione e coordinamento della disciplina preesistente, tipica dei testi unici e per aver trascurato importanti principi di diritto e normative, fra le quali proprio le numerose disposizioni europee in tema di discriminazioni di genere e di pari opportunità.

¹⁸ Sulla distinzione tra discriminazione diretta e indiretta si veda, per tutti, F. CARINCI, *Diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, Utet, 2012, p. 211 ss.

¹⁹ L'art. 8 *quater* L. 6 giugno 2008, n. 101 (recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 8 aprile 2008, n. 59, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee", con cui si è provveduto a riparare un'omissione nella trasposizione della direttiva 2002/73) ha novellato il D. Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, ampliando la nozione di discriminazione diretta di lavoratori o lavoratrici in ragione del sesso, prevedendo che rappresenta discriminazione non solo l'atto, patto o comportamento pregiudizievole, ma anche "l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento". Il D.Lgs. n. 5/2010, in attuazione della direttiva 2006/54/Ce, ha poi aggiunto all'elenco delle condotte individuate nell'"atto, patto o comportamento" anche le parole "disposizione, criterio, prassi", in tal modo estendendo il raggio d'azione del divieto. Norme di riferimento sono, inoltre, l'art. 2 D.Lgs. n. 215/2003 e n. 216/2003, che fanno salvo il disposto dell'art. 43, co. 1 e 2 del T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, in base al quale "co-

La legislazione comunitaria definisce la discriminazione diretta come la situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente, in base al sesso, di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione analoga²⁰.

Alla luce di tali definizioni, dunque, è chiaro che per discriminazione diretta si intende ogni condotta con la quale la persona, in ragione del genere, viene fatta oggetto di un trattamento sfavorevole, di una condizione di svantaggio, rispetto alle persone appartenenti all'altro genere²¹.

Così la Corte di Giustizia Ue, con sentenza del 6 marzo 2014, n. 595/12²², ha stabilito che costituisce discriminazione diretta l'esclusione di una donna (nel caso specifico, agente penitenziario) in congedo di maternità da un corso di formazione professionale inerente al suo impiego ed obbligatorio per poter ottenere la nomina definitiva in ruolo e beneficiare di condizioni d'impiego migliori. Ma si pensi anche alla mancata assunzione o al licenziamento di una lavoratrice in ragione della comunicazione di una gravidanza: sono, purtroppo, ancora molto frequenti i casi di assunzioni di donne, subordinate alla condizione — ovviamente illegittima e dunque *tamquam non esset* — di rinunciare ad avere figli per un determinato lasso di tempo o alla richiesta di firmare «dimissioni in bianco», da utilizzare dal datore di lavoro, in caso di successiva gra-

stituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica".

²⁰ Cfr. direttiva 2006/54 che riprende la definizione contenuta nelle direttive "gemelle" del 2000 e in quella del 2002. Per un maggiore approfondimento, v. L. LAZZERONI, *op. cit.*, p. 121 ss.

²¹ Destinatari del divieto possono essere sia gli uomini che le donne, trattandosi di divieto bidirezionale, ma è quasi superfluo rilevare che l'assoluta maggioranza delle discriminazioni in ragione del genere è realizzata ai danni delle donne ed, in particolar modo, in occasione della gravidanza e della maternità. Cfr., A. ENRICHENS, C. MANASSERO, *Discriminazione per sesso vs. diritto umano della lavoratrice-madre alla conservazione del posto di lavoro e delle proprie mansioni al rientro dalla maternità. Una fattispecie ancora aperta...*, in "Giurisprudenza di merito", 2011, p. 2639. La nozione di "trattamento meno favorevole" deve, essere intesa in senso ampio, in modo da annoverare al suo interno non solo scelte contrattuali, bensì anche, in generale, ogni decisione che riguardi la gestione, l'organizzazione e la logistica dei luoghi fruiti dalle persone, sia come lavoratori, sia come utenti. Così, M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 268.

²² Cfr. Corte di Giustizia Ue, 6 marzo 2014, n. 595/12, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2014, II, p. 936 ss.

vidanza²³.

La nozione di discriminazione diretta è oggettiva²⁴, nel senso che non rileva l'intento discriminatorio, *l'animus nocendi o discriminandi*, del soggetto agente, facendo invece riferimento all'effetto pregiudizievole prodotto (anche solo potenziale) e ponendo dunque l'accento sulla lesione oggettiva del principio di parità.

La nozione di discriminazione incorpora in sé l'idea della comparazione con un lavoratore o una lavoratrice in posizione analoga, ammettendo tuttavia che la donna o l'uomo cui si compara la propria condizione possano anche essere una donna o un uomo con caratteristiche speculari situati nel passato o, pure, ipotetici²⁵.

La stessa Corte di Giustizia, mentre in alcune sue pronunce ha sostenuto la necessità di una comparazione fra il trattamento specificamente ricevuto da un soggetto e quello riservato (o riservabile) al soggetto speculare che versi nella medesima situazione (presente o ipoteticamente speculare)²⁶, in altre occasioni, anche se meno numerose, si è pronunciata prescindendo dalla necessità di un raffronto concreto tra situazioni comparabili, nel caso venga in rilievo una "condizione propriamente femminile" o "non suscettibile di essere condivisa dalle persone di entrambi i sessi"²⁷.

²³ In entrambi i casi, la condotta descritta assumerebbe i caratteri della discriminazione diretta, posto che essa concretirebbe un'immediata violazione dei diritti della persona, particolarmente ed esclusivamente in ragione del suo essere donna. In merito, v. anche V. VIALE, *Tutela della maternità: la Corte di giustizia pone al centro il principio di pari opportunità*, in "Diritto delle relazioni industriali", 2014, p. 849 ss.

²⁴ In argomento v. D. IZZI, *op. cit.*, p. 35 ss. secondo cui la L. n. 125/1991 ha segnato il definitivo accantonamento della ricostruzione di stampo soggettivo, poiché in tale legge *l'animus* del soggetto agente perde ogni significato. Ciò che rileva è, invece, l'effetto pregiudizievole che discende da atti e comportamenti. Sulla diatriba fra i propugnatori delle teorie c.d. "soggettive" ed "oggettive" della nozione di discriminazione si veda anche L. LAZZERONI, *op. cit.*, p. 160 ss.; A. LASSANDARI, *op. cit.*, p. 54 ss..

²⁵ Circa la considerazione del rilievo comparativo quale altro elemento ricostruttivo della fattispecie discriminatoria si veda A. LASSANDARI, *op. cit.*, p. 57 ss. secondo il quale, pur ritenendosi oggi superata la necessità del dato statistico-quantitativo ed ammessa pure la mera potenzialità lesiva, non si può sostenere un superamento dell'elemento di comparazione. "La discriminazione, prescindendo da quest'ultimo carattere finirebbe con l'individuare un universo così lato da risultare pericolosamente generico".

²⁶ V. Corte di Giustizia 13 gennaio 2004, C-256/01; 17 settembre 2002, C-320/02 in cui la Corte di ha sottolineato come l'applicabilità del principio di parità retributiva ex art. 141 non è limitata a situazioni in cui uomini e donne svolgono la propria attività lavorativa per un medesimo datore di lavoro, potendo oltrepassare i confini endoaziendali.

²⁷ In altri termini, si può ritenere che la Corte sia propensa a non fare ricorso al criterio comparativistico in quelle circostanze nelle quali dall'appartenenza ad un determinato sesso derivino svantaggi o benefici assolutamente esclusivi, che di fatto non riguardano l'altro sesso. V. Corte di Giustizia, 14 luglio 1994, C-32/93, in "Raccolta", 1994, riguar-

Così, nella sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88²⁸, decidendo il caso riguardante il rifiuto di assunzione di una donna in gravidanza, ha mostrato di non avere bisogno di un termine di comparazione maschile per riconoscervi un'ipotesi di discriminazione diretta, poiché, essendo il motivo costituito dal fatto che l'interessata era incinta, ha ritenuto la decisione direttamente determinata dal sesso del candidato²⁹.

Mentre presupposto di esistenza della discriminazione diretta è una disparità di trattamento che consegue all'applicazione di un criterio di differenziazione vietato dalla legge, la discriminazione indiretta riguarda invece i casi in cui un trattamento omogeneo produce conseguenze diverse sui gruppi individuati dal legislatore, a causa delle specificità che connotano la maggioranza degli appartenenti a quel gruppo.

Questo tipo di discriminazione attiene non direttamente ad un determinato fattore di rischio (sesso, razza, età...), ma ad un criterio neutro e di per sé legittimo, ma idoneo a provocare un impatto differenzia-

dante una donna, assunta in sostituzione di altra in stato interessante, che viene licenziata dal datore di lavoro nel momento in cui questi viene a conoscenza dello stato di gravidanza in cui anche la neo-assunta si trovava. La Corte ha risolto il caso basandosi sul solo fatto che il licenziamento della donna dipendeva dal suo stato di gravidanza e, quindi, aveva a che fare con una condizione oggettiva in cui versava la lavoratrice, prescindendo dunque dalla comparazione. Si veda altresì Corte di Giustizia, 28 settembre 1994, causa C-200/91, *Coloroll*, in "Raccolta", 1994, p. 4389 ss. in cui la Corte ha escluso l'ammissibilità di comparazioni semplicemente ipotetiche, sostenendo che "un lavoratore non può far valere l'art. 119° del Trattato "per rivendicare la retribuzione cui potrebbe aver diritto se appartenesse all'altro sesso, in mancanza, nell'impresa interessata, di lavoratori dell'altro sesso che svolgano ... un lavoro analogo". Per la Corte di Giustizia, dunque, mentre una comparazione ipotetica è sufficiente a fondare il giudizio discriminatorio quando viene in rilievo una condizione propriamente femminile, come la gravidanza, essa non è invece praticabile quando il reperimento di un termine di paragone reale è necessario a rivelare l'esistenza di una discriminazione altrimenti indimostrata. V. D. IZZI, *op. cit.*, p. 47 ss. Nella sent. 29 novembre 2001, C-366/99, in "Raccolta", 2001, punto n. 46 la Corte ha specificato che occorre accertare se la maggiorazione sia diretta a compensare svantaggi professionali derivanti ai dipendenti di sesso femminile dalla loro lontananza dal posto di lavoro durante il periodo successivo al parto, e in tal caso la situazione di un lavoratore di sesso maschile non è paragonabile a quella di un lavoratore di sesso femminile, ovvero se tale maggiorazione sia diretta a compensare svantaggi professionali derivanti ai dipendenti di sesso femminile dal fatto di aver allevato figli, ipotesi in cui occorrerà esaminare se le situazioni di un dipendente di sesso maschile e di un dipendente di sesso femminile siano paragonabili. V. L. LAZZERONI, *op. cit.*, p. 141 ss.

²⁸ Corte di Giustizia, 8 novembre 1990, causa C-177/88, *Dekker*, in "Raccolta", 1990; conf. Corte di Giustizia 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka*, in "Raccolta", 1986, p. 1607.

²⁹ La Corte di Giustizia ha ritenuto di poter prescindere dalla comparazione anche in un caso riguardante la lavoratrice in stato di gravidanza in seguito a fecondazione in vitro, dal momento dell'impianto degli ovuli nell'utero (Cfr. Corte di Giustizia 26 febbraio 2008, causa C- 506/06, *Mayr*, in "Raccolta", 2008, 1, p. 1017).

to (*disparate impact*), e quindi con esiti discriminatori, tra gruppi di persone considerate, sfavorendo un gruppo rispetto ad un altro³⁰.

Con la sentenza 22 novembre 2012, C-385/11, *Isabel Elbal Moreno*³¹, la Corte ha ravvisato l'esistenza di una discriminazione indiretta basata sul sesso nella normativa di uno Stato membro (nella specie: Spagna) che esiga dai lavoratori a tempo parziale, costituiti in grande maggioranza da donne, rispetto ai lavoratori a tempo pieno, un periodo contributivo proporzionalmente maggiore ai fini dell'eventuale concessione di una pensione di vecchiaia di tipo contributivo il cui importo è proporzionalmente ridotto in funzione del loro tempo di lavoro. Oppure si pensi al caso (Corte di Giustizia Ce 1 luglio 1986, C-237/85) di un datore di lavoro che aveva adottato un sistema di classificazione professionale che teneva conto dell'impegno e dello sforzo muscolare e della pesantezza del lavoro manuale, criteri questi che favorivano i lavoratori di sesso maschile. O ancora ai frequenti casi di bandi di concorso che prevedano, per i concorrenti, un'altezza minima al di sopra di quella che statisticamente è la media femminile, ma entro quella maschile (è noto che, da un punto di vista antropomorfo, la donna sia mediamente di altezza inferiore rispetto all'uomo)³². Ne segue che ricorrono ipotesi di discriminazione indiretta quando l'autore della condotta apparentemente non viola alcuna disposizione a tutela della parità di trattamento e non discriminazione, integrando, indirettamente, un trattamento di sfavore per alcuni soggetti rispetto ad altri.³³

³⁰ In argomento, M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in "Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali", 2003, p. 399; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, *op. cit.*, p. 73.

³¹ Nello stesso senso, Corte di Giustizia, sentenza del 23 ottobre 2002, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*.

³² Cfr. Corte Cost., 15 aprile 1993, n. 163 in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1994, II, p. 451, con cui è stata dichiarata illegittima la disposizione della legge della Provincia autonoma di Trento, n. 3/1980, nella parte in cui prevedeva, tra i requisiti di accesso a determinate qualifiche, il possesso di una statura fisica indifferenziata per uomini e donne e anche più recentemente, Cass. 13 novembre 2007, n. 23562 in "Nuova giurisprudenza civile", 2008, I, p. 579.

³³ Si veda, A. FASANO, P. MANCARELLI, *op. cit.*, p. 84. Tali tipologie di discriminazioni ricorrono più frequentemente nel momento dell'accesso al lavoro, con riguardo alla formazione, aggiornamento e promozione professionali, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione o anche i meccanismi di preselezione e qualsiasi forma pubblicitaria che indichi come requisito professionale l'appartenenza all'uno o all'altro sesso. Si pensi al caso in cui il datore di lavoro imponga come condizione per l'assunzione una determinata statura, tarata su medie maschili, con la conseguenza di ottenere l'esclusione delle candidate donne; oppure, un bando di concorso che preveda, per i concorrenti, un'al-

In base all'attuale formulazione contenuta nell'art. 25, co. 2, D. Lgs. n. 198/2006, che riprende quella comunitaria, si verifica una discriminazione indiretta "quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari".

Il concetto di discriminazione indiretta appare, dunque, più complesso da delineare: è evidente che l'individuazione di una discriminazione indiretta costituisce compito delicato per il Giudice, in quanto essa non richiede soltanto una valutazione della condotta oggetto di censura in sé e per sé — come, invece, accade nel caso di discriminazione diretta — bensì necessita di un'approfondita valutazione dell'atto discriminatorio nel contesto di riferimento, al fine di verificare se un comportamento, che appare, ad un primo esame, legittimo, nasconda, in realtà, una forma di ingiustificata differenziazione e di svantaggio ai danni della categoria considerata.

Anche nel caso della discriminazione indiretta, si prescinde dall'intento discriminatorio dell'autore del comportamento. Nella attuale formulazione inoltre, scompare il richiamo statistico allo "svantaggio proporzionalmente maggiore" della L. n. 125/1991, sostituito ora dal "particolare svantaggio" che colpisce le persone di un determinato sesso.³⁴ La vigente disciplina prende in considerazione anche la mera "potenzialità lesiva", cioè l'idoneità della misura di produrre, per la sua stessa natura, effetti più sfavorevoli nei confronti degli appartenenti ad un deter-

tezza minima al di sopra di quella che statisticamente è la media femminile, ma entro quella maschile (è notorio che, da un punto di vista antropomorfo, la donna sia mediamente di altezza inferiore rispetto all'uomo). Inoltre, si pensi all'ipotesi di richiesta, ai fini della progressione di carriera, di un titolo di studio di scuola tecnica superiore, requisito che — pur se apparentemente e formalmente neutro — è riferibile per la quasi totalità a persone di sesso maschile, ove non risulti dimostrata l'incidenza di tale requisito sulla capacità a svolgere le mansioni in questione. Il Tribunale di Catania ha qualificato tale comportamento quale forma di discriminazione indiretta con sentenza del 22 novembre 2000, in "Foro italiano", 2001, p. 1778.

³⁴ Cfr. L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, *op. cit.*, p. 173. Analogamente, L. LAZZERONI, *op. cit.*, p. 173 ss. Non si richiede più necessariamente che la misura apparentemente neutra colpisca di fatto una quota nettamente più elevata di individui di uno dei due sessi, e quindi debba essere provata in concreto con criteri statistici; anche la mera possibilità del pregiudizio, e non più la sua certezza, integrano ora la fattispecie.

minato gruppo³⁵: non è dunque più necessario verificare la concreta lesione del diritto, essendo sufficiente che il comportamento o l'atto posto in essere dal datore di lavoro sia "potenzialmente" lesivo ovvero idoneo a produrre un effetto discriminatorio³⁶.

Discriminazioni dirette e indirette possono avere ad oggetto anche il trattamento retributivo dei lavoratori, la cui auspicata parità costituisce una delle componenti originarie della disciplina del lavoro femminile. Al riguardo, l'art. 28 del Codice, nel testo riformulato dal D.Lgs. n. 5/2010, chiarisce che il divieto di discriminazione retributiva, diretta e indiretta, per un lavoro uguale o di pari valore, concerne qualsiasi aspetto o condizione delle retribuzioni, con l'ulteriore corollario che i sistemi di classificazione professionale non solo devono adottare criteri comuni per uomini e donne ma devono essere elaborati in modo da eliminare le discriminazioni³⁷. Così, la Corte di Giustizia UE ha ravvisato l'esistenza di una discriminazione indiretta a danno delle lavoratrici, nelle maggiorazioni retributive connesse alla disponibilità degli interessati ad orari variabili, giacché esse "a causa di impegni casalinghi e familiari di cui hanno sovente la responsabilità, possono meno facilmente dei lavoratori di sesso maschile organizzare il loro orario di lavoro in modo flessibile"³⁸. Analogamente, si è ritenuta discriminatoria una retribuzione oraria inferiore a quella prevista per il lavoro a tempo pieno, qualora il la-

³⁵ Il *disparate impact*, cioè, può anche non manifestarsi in concreto, essendo sufficiente l'idoneità del criterio "neutro" a provocare uno svantaggio sproporzionato, come si evince dalla stessa norma, art. 25 del Codice, in cui si fa riferimento a fattori apparentemente neutri che "mettono o possono mettere... in una posizione di particolare svantaggio". Si veda Corte di Giustizia 23 maggio 1996, C-237/94, *O' Flynn*, in "Raccolta", 1996, e le altre ad essa successive, in cui veniva riconosciuto il carattere di disposizione indirettamente discriminatoria ad un criterio, prassi, comportamento ecc. anche senza dimostrare la sua applicazione "in concreto a una percentuale notevolmente più elevata di lavoratori, essendo sufficiente rilevare che detta disposizione è in grado di produrre un effetto del genere". Cfr. L. LAZZERONI, *op. cit.*, p. 130.

³⁶ Così, F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, Utet, 2010, p. 453. Cfr. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 36; ID., *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, cit., p. 5. In tale direzione, S. GIUBBONI, S. BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, cit., p. 1836 in cui, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia, 30 giugno 2005, C-144/04, par. 85, si afferma che "i principi di non discriminazione impongono di verificare se sussista una disparità di trattamento, se tale eventuale disparità risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima e se essa sia comunque adeguata e necessaria a perseguire tale finalità".

³⁷ Sul punto, v. S. FOFANO, N. PACE, *Le discriminazioni retributive: un approccio giuridico ed economico*, cit., p. 663.

³⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Danfoss*, in "Raccolta", 1989, p. 3199 ss..

voro a tempo parziale sia di fatto appannaggio prevalente di manodopera femminile³⁹.

È inoltre vietata, dall'art. 29 Codice Pari Opportunità, qualsiasi discriminazione tra uomini e donne per quanto riguarda l'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e la progressione nella carriera. Così, è stato ad esempio considerato discriminatorio il riconoscimento ai lavoratori part-time di una inferiore misura di anzianità di servizio⁴⁰. Tuttavia, non può negarsi che gran parte delle discriminazioni in materia di lavoro trovano origine nella maternità o paternità dei lavoratori⁴¹. Al riguardo, merita rilevare che il D. Lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, ha introdotto un ulteriore comma all'art. 25 Codice delle pari opportunità, il quale stabilisce che «Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti». In merito, la giurisprudenza ha dato una risposta univoca, nel senso di ritenere che lo stato di gravidanza, ed il conseguente danno economico eventualmente subito dall'azienda, non può mai giustificare il rifiuto di assunzione o il licenziamento⁴². Così, è stata riconosciuta una discriminazione diretta basata sul

³⁹ V. Corte di Giustizia, 31 marzo 1981, n. 96/80, *Jenkins*, in "Raccolta", 1981, p. 911, nonché in "Foro italiano", 1982, IV, p. 297.

⁴⁰ Corte di Giustizia, 17 giugno 1998, n. 243/95, *Hill*, in "Raccolta", 1998, I, p. 3739; 7 febbraio 1991, n. 184/89, *Nimz*, *ivi*, 1991, I, p. 297; parimenti, la Corte ha considerato discriminatoria l'esclusione dei lavoratori part-time da un regime pensionistico aziendale (sent. 13 maggio 1986, n. 170/84, *Bilka*, in "Raccolta", 1986, p. 1607), sia il diverso trattamento in caso di malattia (sent. 13 aprile 1989, n. 171/88, *Rinner-Kuehen*, in "Raccolta", 1989, p. 2743), sia l'esclusione dei part-timers dall'indennità riconosciuta invece ai lavoratori a tempo pieno, in misura proporzionale all'anzianità di servizio (sent. 27 giugno 1990, n. 33/89, *Kowalska*, in "Raccolta", 1990, I, p. 2591; sent. 4 giugno 1992, n. 360/90, *Boetel*, in "Raccolta", 1992, I, p. 3589. Al contrario, non sono state ritenute discriminatorie la non computabilità dei lavoratori a part-time, anche se in prevalenza donne, al fine di stabilire la soglia occupazionale per l'applicazione di un regime protettivo in materia di licenziamenti (sent. 30 novembre 1993, n. 189/91, *Kirsammere-Hack*, in "Raccolta", 1993, I, p. 6185, né la previsione, in un contratto collettivo, di una maggiorazione per lavoro straordinario solo in caso di superamento dell'orario pieno (sent. 15 dicembre 1994, n. 399/93, *Stadt Lengerich* ed altri, in "Raccolta", 1994, I, p. 5738).

⁴¹ In argomento, v. R. FOGLIA, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, Cedam, 2002, p. 138 ss.; M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 127 ss.

⁴² Corte di Giustizia, 4 ottobre 2001, n. 438/99 e 109/00, *Tele Denmark* con cui ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento di una lavoratrice a motivo del proprio stato interessante quand'anche la stessa, assunta a termine, abbia omesso di informare il datore di lavoro sul suo stato; 3 febbraio 2000, n. 207/98, *Mahlburg*, in "Raccolta", 2000, I, p. 549,

sesso nel rifiuto di assunzione di una donna incinta, motivato dal divieto di lavorare nelle mansioni di assunzione previsto per legge per tutta la durata della gravidanza⁴³, o motivato dall'assegnazione a mansioni che implicano lo svolgimento di turni lavorativi notturni⁴⁴, con la conseguenza che le mansioni vietate dovranno temporaneamente essere sostituite con altre; o ancora è stata riconosciuta la sussistenza di una discriminazione indiretta laddove vengono in rilievo le difficoltà incontrate dalle lavoratrici per poter lavorare a tempo pieno⁴⁵.

Occorre sottolineare, infine, che il divieto di discriminazione non ha natura assoluta: nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, determinati presupposti o condizioni possono escludere il carattere di discriminazione di una condotta, prassi o provvedimento⁴⁶.

Al di là delle specifiche e tassative ipotesi, si ritengono possibili ul-

nonché in "Rivista giuridica del lavoro", 2000, II, p. 303; 14 settembre 1999, C-249/97, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2000, II, p. 3, in tema di discriminazione indiretta; 30 giugno 1998, n. 394/96, *Brown*, in "Raccolta", 1998, I, p. 4185 secondo cui la normativa comunitaria osta al licenziamento di una lavoratrice in un momento qualsiasi nel corso della sua gravidanza a seguito di assenze dovute ad un'incapacità lavorativa provocata da una malattia derivante proprio dalla gravidanza; 8 novembre 1990, n. 177/8, *Dekker*, cit, secondo cui la normativa comunitaria in nessun caso consente effetti pregiudizievoli connessi ad uno stato di incapacità al lavoro per maternità.

⁴³ Per la Corte di Giustizia, v. sent. 16 febbraio 2006, n. C-294/04, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2007, II, p. 249. Per la giurisprudenza nazionale, v. Cass. 16 aprile 1991, n. 4064, in "Giustizia civile", 1991, I, p. 2695; sul carattere discriminatorio della concessione di un premio aziendale subordinata alla presenza effettiva in servizio per un certo numero di giorni anche nel caso in cui l'assenza si riferisca ai periodi di maternità obbligatoria, cfr. Trib. Firenze, 15 febbraio 2011, in "Il Lavoro nella giurisprudenza", 2011, p. 1046; sul rifiuto di stipulare un contratto a termine, determinato dallo stato di gravidanza della lavoratrice, v. Trib. Prato, 10 settembre 2010; a proposito della modifica delle mansioni della lavoratrice, al rientro da un'assenza per maternità v. Trib. Bologna 2 aprile 2010, in "Rivista giuridica di diritto del lavoro e della previdenza sociale", 2010, II, p. 3; sull'inesistenza dell'obbligo della lavoratrice assunta a termine di informare il datore di lavoro del proprio stato di gravidanza, v. Cass., 6 luglio 2002, n. 9864, in "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 2002, p. 654.

⁴⁴ Corte di Giustizia, 25 luglio 1991, n. 345/89, *Stoekel*, in "Diritto del lavoro", 1991, II, p. 348; 2 agosto 1993, n. 158/91, *Levy*, in "Diritto del lavoro", 1993, II, p. 449; 13 marzo 1997, n. 197/96 in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1997, p. 222; 4 dicembre 1997, n. 207/96, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1998, p. 379.

⁴⁵ V. Corte di Giustizia, 13 maggio 1986, C-170/84, *Bilka-Kaufhaus v. Weber von Hartz*, in "Raccolta", 1986, p. 1620 ss.

⁴⁶ Ogni operazione legislativa diretta ad applicare gli stessi trattamenti a soggetti che versano in condizioni diverse, o a differenziare il trattamento tra soggetti con caratteristiche protette, richiede necessariamente una fondata motivazione, in modo che diventa razionale, per il diritto, la parificazione o la distinzione operata. Così, L. LAZZERONI, *op. cit.*, p. 203-204.

teriori deroghe al divieto di discriminazione, in ragione della peculiare attività di lavoro (c.d. *bona fide occupational qualification*), pur sempre conformi tuttavia al rigoroso *standard* di essenzialità. Si tratta delle particolari ipotesi di attività lavorative “sessualmente specifiche”⁴⁷, ovvero di particolari attività che non sono affatto indifferenti al sesso della persona chiamata ad espletarle e che, di conseguenza, richiedono la configurazione di eccezioni al campo di applicazione di tale divieto: in tali casi il sesso giunge a costituire una condizione determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa⁴⁸.

⁴⁷ Così, M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 273; A. LASSANDARI, *op. cit.*, p. 72 ss.; D. IZZI, *op. cit.*, p. 128 la quale specifica come già la direttiva 76/207/Cee, all’art. 2, co. 6, permetteva agli Stati membri di stabilire che una differenza di trattamento basata su uno dei fattori vietati (in questo caso il genere) non costituisce discriminazione “laddove, per la particolare natura delle attività lavorative di cui trattasi o per il contesto in cui esse vengono espletate, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa, purché l’obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato”. Quasi identica è l’attuale formulazione contenuta all’art. 14, par. 2, della direttiva 2006/54/Ce.

⁴⁸ Quale esempio di giustificata differenziazione all’accesso al lavoro in ragione del genere, può citarsi il caso dell’assunzione di soli lavoratori uomini o di sole lavoratrici donne nel campo della moda, con la finalità di partecipare ad una sfilata per una collezione maschile o femminile o, ancora, si consideri l’ipotesi del teatro o della danza, ove sono presenti ruoli necessariamente maschili o femminili. Anche la Corte di Giustizia ha più volte confermato il fatto che il principio di parità può essere escluso solo qualora sia necessaria l’assunzione di una persona di un determinato sesso, proprio alla luce della prestazione lavorativa da svolgere: si vedano, a tale riguardo: Corte di Giustizia, 15 maggio 1986, *Johnson c. Chief Constable*, Causa C-222/84, in “Raccolta”, 1999, p. 7403; 26 ottobre 1999, *Sirdar c. The Army Board*, Causa C-273/97, in “Raccolta”, 1999, p. 7403; 11 gennaio 2000, *Kreil c. Bundesrepublik Deutschland*, Causa C-285/98, in “Raccolta”, 2000, p. 69. Sul punto, merita segnalare, altresì, la problematica presenza femminile nei diversi servizi dell’esercito, della polizia e della marina. Solo con il D. Lgs. 31 gennaio 2000, n. 24 si è avuto il superamento della riserva maschile formulato dalla L. n. 63/1966. V. in proposito Corte Cost. 11 maggio 1994, n. 188, in “Diritto del lavoro”, 1996, II, p. 9 ss., che ha giudicato costituzionalmente illegittima la richiesta dell’appartenenza al sesso maschile quale requisito per l’ammissione al concorso e per la nomina al posto di vicedirettore della banda musicale della Guardia di Finanza. Così, Corte di Giustizia 30 giugno 1988, C-318/86, in “Raccolta”, 1988, p. 3559 che ha ritenuto illegittime, perché generiche, le eccezioni indifferenziate previste dall’ordinamento francese con riguardo a tutti i corpi di Polizia nazionali; Corte di Giustizia 11 gennaio 2000, C-285/98, in “Raccolta”, 2000, p. 69 che ha censurato norme nazionali tedesche che escludevano in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l’uso di armi. Nessun contrasto col diritto comunitario è stato invece ravvisato in Corte di Giustizia 15 maggio 1986, C-222/84, in “Raccolta”, 1986, p. 1651 ss. che ha ritenuto giustificata l’esclusione, prevista in Irlanda del Nord, delle donne da corpi di Polizia richiedenti l’uso delle armi da fuoco, in una situazione interna caratterizzata da frequenti attentati e Corte di Giustizia, 26 ottobre 1999, C-273/97, in “Raccolta”, 1999, p. 7403 ss., sul rifiuto di assegnare ad una donna il posto di cuoco nelle unità della marina britannica, i cui componenti devono essere tutti idonei a compiere azioni d’attacco, combattendo in prima linea. Sul punto, v. D. IZZI, *op. cit.*, p. 126 ss. e M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, p. 261.

È evidente che, in questo caso, la discriminazione all'accesso è giustificata da requisiti essenziali relativi alla peculiarità della prestazione e, pertanto, è del tutto legittima.

3. Le azioni positive e i soggetti preposti alla tutela delle pari opportunità

Per "azioni positive" si intendono attività e misure concrete, di vario tipo, aventi lo scopo di rimuovere gli ostacoli di fatto e di superare condizioni ed organizzazioni del lavoro che possono impedire il raggiungimento e la realizzazione delle pari opportunità⁴⁹.

I Giudici della Corte Costituzionale hanno ravvisato la copertura costituzionale delle azioni positive nel principio di uguaglianza sostanziale, sancito dall'art. 3, co. 2 Cost.: l'obiettivo delle azioni positive è, ad avviso della Corte, quello di "assicurare alle donne uno stato effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico"⁵⁰. In forza del principio di ragionevolezza, è il co. 1 che va letto alla luce del co. 2 dell'art. 3 Cost.: sono ragionevoli, e dunque non contrastano con il principio di uguaglianza, quelle differenze di trattamento giustificate dalla necessità (o opportunità) di riequilibrare differenze di fatto⁵¹.

L'espressione "azioni positive" non nasce nel nostro ordinamento, ma è mutuata dall'esperienza statunitense, ricollegandosi alle "*affirmative actions*": interventi di politica governativa finalizzati alla concessione di benefici a coloro che, a causa dell'appartenenza ad un gruppo specifico, fossero vittime di discriminazioni. Negli anni '70 tale concetto ha fatto il suo ingresso anche nell'esperienza giuridica europea, attraverso

⁴⁹ Così, A. FASANO, P. MANCARELLI, *op. cit.*, p. 79 ss. ove si precisa che la casistica degli scopi delle azioni positive (esplicitati al co. 2 dell'art. 1, D. Lgs. n. 198/2006) è di ampio raggio, dall'ambito lavorativo in sé considerato al giusto contemperamento degli interessi e degli oneri connessi alla vita familiare, dalla quale, specie per la donna, derivano i più grossi ostacoli. Si veda altresì, A. VALLEBONA, *Istituzioni*, cit., p. 327 ss. secondo il quale le azioni positive consistono in misure adottate per assicurare pari opportunità ed evitare discriminazioni, al fine di conseguire un'effettiva tra uomini e donne, al di là dell'aspetto retributivo già garantito come diritto.

⁵⁰ Corte Cost., 26 marzo 1993 n. 109, in "Giurisprudenza costituzionale", 1993, p. 873 ss. in cui la Corte afferma che "le azioni positive tendono a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale".

⁵¹ Le azioni positive, in quanto misure specifiche diseguali finalizzate a correggere e riequilibrare effettive situazioni di squilibrio socio-economico fra lavoratrici e lavoratori rappresentano, e vanno lette e interpretate, come una forma di attuazione del co. 2 dell'art. 3 Cost., considerando quali ostacoli da rimuovere gli stereotipi socio-culturali concepiti attorno alle caratteristiche del sesso femminile.

la predisposizione di speciali programmi d'azione per la promozione delle pari opportunità. Oggi la materia è regolata all'interno del Codice delle pari opportunità (D.Lgs. 11 aprile 2006 n. 198) nel libro III, capo IV, sulla Promozione delle pari opportunità, anche se un principio fondamentale si ritrova già all'art. 1, co. 3, laddove viene precisato che "Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato"⁵². Degna di nota, a tal proposito, è la sentenza Marshall con cui la Corte di giustizia ha dichiarato che la direttiva n. 76/207 non osta ad una normativa nazionale che, in caso di pari qualificazione di candidati di sesso diverso quanto ad idoneità, competenza e prestazioni professionali, obblighi a dare la precedenza nella promozione ai candidati di sesso femminile nei settori di attività pubblici in cui, al livello del posto considerato, le donne sono meno numerose degli uomini, a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile.⁵³ Sia la Corte di Giustizia che la Corte Costituzionale⁵⁴ hanno sottolineato l'opportunità che le azioni positive non si trasformino in discriminazioni alla rovescia favorendo una disparità di trattamento ingiustificata nei confronti del lavoratore uomo.

Secondo quanto disposto dall'art. 42 D. Lgs. 198/2006, le azioni positive sono misure volte alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità, dirette a favorire l'occupazione femminile e realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro⁵⁵.

Si tratta di interventi e misure specifiche che consentono di rendere effettiva e completa la parità⁵⁶, poiché mirano a favorire l'occupazio-

⁵² Si fa presente che l'attuale formulazione dell'art. 1 risale alla modifica introdotta con il D.Lgs. n. 5 del 25 gennaio 2010, che ha recepito la direttiva n. 54/2006.

⁵³ Cfr. Corte di Giustizia, 11 novembre 1997, n. 409/95, *Marshall*, in "Diritto del lavoro", 1998, II, p. 109.

⁵⁴ V. Corte di Giustizia, 17 ottobre 1995, C-450/93, *Kalanke*, in "Diritto del lavoro", 1995, II, p. 421; Corte Cost. 12 settembre 1995, n. 422, in "Giustizia civile", 1997, I, p. 2587.

⁵⁵ Si veda art. 2.4 della dir. 76/207, modificata dalla dir. 2002/73, disposizione confermata all'art. 141 del Trattato di Amsterdam, in cui si dispone che "allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa" possono essere mantenute o adottate "misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali". Nella stessa direzione, l'art. 23, co. 2 della Carta dei diritti fondamentali adottata a Nizza, ove si parla di "misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato".

⁵⁶ Va notato, comunque, che le azioni positive si configurano non quale obbligo, bensì quale facoltà, sia pure incentivata, dei datori di lavoro privati. Al fine di promuovere tali azioni, si è infatti previsto in favore dei datori di lavoro privati e pubblici, associazioni sin-

ne delle donne, a correggere le disparità che colpiscono le donne nell'accesso e nella partecipazione al mercato del lavoro, anche attraverso una diversa organizzazione del lavoro e delle condizioni e del tempo di lavoro, nonché attraverso soluzioni per una migliore conciliazione tra vita lavorativa e vita privata e una migliore ripartizione tra i sessi delle responsabilità familiari e professionali, al fine di compensare particolari svantaggi e condizioni sfavorevoli che si realizzano sul lavoro.⁵⁷

dacali e centri di formazione che attuino progetti di azioni positive, il rimborso, totale o parziale, degli oneri finanziari sostenuti in attuazione di essi. In tal senso, M. RINALDI, *op. cit.*, p. 460. Esse vengono realizzate in modo volontario, fatti salvi i casi in cui la realizzazione è coattiva, ovvero per via di ingiunzione giudiziale, a seguito dell'accertamento di discriminazioni collettive. Cfr., D. MORENA MASSAINI, *Pari opportunità uomo-donna*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2015, p. 1129 ss.

⁵⁷ In generale, per azione positiva potrà, dunque, intendersi ogni attività avente lo scopo di superare condizioni ed organizzazioni del lavoro che possano produrre effetti pregiudizievoli sia nel momento dell'accesso al lavoro che nell'avanzamento di carriera, di retribuzione e professionale della donna lavoratrice e, dunque, per il raggiungimento della pari opportunità. Così A. FASANO, P. MANCARELLI, *op. cit.*, p. 78 ss. In linea con la scelta di adottare una definizione "teleologica", il legislatore ha individuato (art. 42, co. 2) le finalità che le azioni positive possono avere. In particolare, tali azioni hanno lo scopo di: a) eliminare le disparità nella formazione scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, nella progressione di carriera, nella vita lavorativa e nei periodi di mobilità; b) favorire la diversificazione delle scelte professionali delle donne in particolare attraverso l'orientamento scolastico e professionale e gli strumenti della formazione; c) favorire l'accesso al lavoro autonomo e alla formazione imprenditoriale e la qualificazione professionale delle lavoratrici autonome e delle imprenditrici; d) superare condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione, nell'avanzamento professionale e di carriera ovvero nel trattamento economico e retributivo; e) promuovere l'inserimento delle donne nelle attività, nei settori professionali e nei livelli nei quali esse sono sottorappresentate e in particolare nei settori tecnologicamente avanzati ed ai livelli di responsabilità; f) favorire, anche mediante una diversa organizzazione del lavoro, delle condizioni e del tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi; f-bis) valorizzare il contenuto professionale delle mansioni a più forte presenza femminile. Parte della dottrina individua i limiti delle azioni positive nell'irretroattività, nella temporaneità e nella motivazione dell'azione positiva. Le azioni positive devono valere *pro futuro* ed essere temporanee: il sacrificio imposto agli altri per favorire i gruppi deboli non deve prolungarsi oltre il necessario; infine, l'azione positiva deve essere giustificata: il legislatore ha l'onere di spiegare il motivo dell'introduzione della misura che rimuove una disuguaglianza di ordine sociale. A questi requisiti, la Corte Costituzionale ne ha aggiunto un quarto: la misura introdotta deve essere tale in ogni parte del territorio dello Stato e valere senza distinzioni per l'intera comunità nazionale. Il Giudice delle Leggi, infatti, con sentenza n. 109 del 1993, afferma che: «se ne fosse messa in pericolo l'applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale, il rischio che le azioni positive si trasformino in fattori (aggiuntivi) di disparità di trattamento, non più giustificate dall'imperativo costituzionale di riequilibrare posizioni di svantaggio sociale legate alla condizione personale dell'essere donna, sarebbe di tutta evidenza». Sul punto v., D. MORENA MASSAINI, *Pari opportunità uomo-donna*, loc. cit.

L'effettività della normativa antidiscriminatoria è garantita anche mediante la previsione di organismi per la promozione, l'analisi, il controllo e il sostegno della parità, con funzione di assistenza delle vittime di discriminazioni, svolgimento di inchieste indipendenti, pubblicazione di relazioni indipendenti, formulazione di raccomandazioni, scambio di informazioni con gli organismi europei corrispondenti. Presso il Ministero del lavoro, è istituito il Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici, con la funzione di promuovere, nell'ambito della competenza statale, la rimozione delle discriminazioni e di ogni altro ostacolo che limiti di fatto l'uguaglianza fra uomo e donna nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro, compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive (art. 8, D.Lgs.198/2006)⁵⁸.

Il legislatore ha previsto poi una rete di Consigliere o Consiglieri di parità, coordinata, convocata e presieduta dalla Consigliera nazionale⁵⁹.

⁵⁸ La nomina dei componenti il Comitato, che durano in carica un triennio, è ad opera del Ministro del Lavoro e della previdenza sociale, il quale la presiede personalmente o, per sua delega, da un Sottosegretario di Stato. Fanno parte del Comitato: sei componenti designati dalle confederazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; sei componenti designati dalle confederazioni sindacali dei datori di lavoro dei diversi settori economici, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; due componenti designati unitariamente dalle associazioni di rappresentanza, assistenza e tutela del movimento cooperativo più rappresentative sul piano nazionale; undici componenti designati dalle associazioni e dai movimenti femminili più rappresentativi sul piano nazionale operanti nel campo della parità e delle pari opportunità nel lavoro; la consigliera o il consigliere nazionale di parità. I suddetti componenti hanno diritto di voto. A questi, poi, sono da aggiungersi coloro i quali ne fanno parte senza diritto di voto, e sono: sei esperti in materie giuridiche, economiche e sociologiche, con competenze in materia di lavoro e politiche di genere; sei rappresentanti, rispettivamente, del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, del Ministero della giustizia, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dello sviluppo economico, del Dipartimento per le politiche della famiglia e del Dipartimento della funzione pubblica, di cui uno indicato dalle organizzazioni dei dirigenti comparativamente più rappresentative; cinque dirigenti o funzionari del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in rappresentanza delle Direzioni generali del mercato del lavoro, della tutela delle condizioni di lavoro, per le politiche previdenziali, per le politiche per l'orientamento e la formazione, per l'innovazione tecnologica, di cui uno indicato dalle organizzazioni dei dirigenti comparativamente più rappresentative; tre rappresentanti della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le pari opportunità, di cui uno indicato dalle organizzazioni dei dirigenti comparativamente più rappresentative.

⁵⁹ Trattasi di organo monocratico nominato con decreto del Ministro del Lavoro di concerto col Ministro delle pari opportunità, che ha sede presso la Direzione centrale del Ministero del Lavoro (art. 12, co. 2)

Essi sono previsti a livello nazionale, regionale e provinciale ed hanno la funzione di promuovere e controllare l'attuazione dei principi di pari opportunità e non discriminazione tra uomini e donne sul lavoro⁶⁰.

Le consigliere ed i consiglieri di parità intraprendono ogni utile iniziativa, nell'ambito delle competenze dello Stato, ai fini del rispetto del principio di non discriminazione e della promozione di pari opportunità per lavoratori e lavoratrici⁶¹, potendo svolgere anche inchieste indipendenti in materia di discriminazioni sul lavoro e pubblicare relazioni e raccomandazioni in materia di discriminazioni sul lavoro (art. 15, co. 1-*bis*)⁶².

Altri organi istituiti sono: il collegio istruttorio, avente funzione di istruire tutti gli atti del Comitato Nazionale di parità e dei consiglieri di parità,

⁶⁰ Le consigliere e i consiglieri di parità devono possedere requisiti di specifica competenza ed esperienza pluriennale in materia di lavoro femminile, di normative sulla parità e pari opportunità nonché di mercato del lavoro, comprovati da idonea documentazione. V. Circ. Min. Lav. 22 giugno 2010, n. 20. Nell'esercizio delle funzioni loro attribuite, le consigliere ed i consiglieri di parità sono pubblici ufficiali ed hanno l'obbligo di segnalazione all'autorità giudiziaria dei reati di cui vengono a conoscenza per ragione del loro ufficio (art. 13, co. 1 e 2). Essi sono, inoltre, titolari dell'azione pubblica prevista per i casi di discriminazioni di carattere collettivo, mantenendo anche la possibilità di agire in giudizio su delega delle lavoratrici o di intervenire nel giudizio promosso dal soggetto discriminato.

⁶¹ In particolare, svolgono i seguenti compiti (art. 15, co. 1): a) rilevazione delle situazioni di squilibrio di genere, al fine di svolgere le funzioni promozionali e di garanzia contro le discriminazioni nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, ivi compresa la progressione professionale e di carriera, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive; b) promozione di progetti di azioni positive, anche attraverso l'individuazione delle risorse comunitarie, nazionali e locali finalizzate allo scopo; c) promozione della coerenza della programmazione delle politiche di sviluppo territoriale rispetto agli indirizzi comunitari, nazionali e regionali in materia di pari opportunità; d) sostegno delle politiche attive del lavoro, comprese quelle formative, sotto il profilo della promozione e della realizzazione di pari opportunità; e) promozione dell'attuazione delle politiche di pari opportunità da parte dei soggetti pubblici e privati che operano nel mercato del lavoro; f) collaborazione con le direzioni regionali e provinciali del lavoro al fine di individuare procedure efficaci di rilevazione delle violazioni alla normativa in materia di parità, pari opportunità e garanzia contro le discriminazioni, anche mediante la progettazione di appositi pacchetti formativi; g) diffusione della conoscenza e dello scambio di buone prassi e attività di informazione e formazione culturale sui problemi delle pari opportunità e sulle varie forme di discriminazioni; h) verifica dei risultati della realizzazione dei progetti di azioni positive; i) collegamento e collaborazione con gli assessorati al lavoro degli enti locali e con organismi di parità degli enti locali.

⁶² Su loro richiesta, le competenti Direzioni territoriali del lavoro acquisiscono nei luoghi di lavoro informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione e promozione professionale, delle retribuzioni, delle condizioni di lavoro, della cessazione del rapporto di lavoro, ed ogni altro elemento utile, anche in base a specifici criteri di rilevazione indicati nella richiesta.

relativi all'individuazione ed alla rimozione delle discriminazioni, e di redigere tutti i pareri di competenza del Comitato nazionale per la parità e dei consiglieri di parità di qualsiasi livello; la segreteria tecnica, alle dipendenze della presidenza del Comitato nazionale per la parità, che provvede alla gestione amministrativa ed al supporto tecnico del Comitato e del collegio istruttorio; le Direzioni territoriali del lavoro, quali organi di vigilanza e di controllo che operano in stretta collaborazione con gli altri soggetti preposti alla tutela e, in particolare, con i consiglieri di parità. Tali organi svolgono un ruolo importante nel promuovere e partecipare alle azioni (positive e giuridiche) contro le discriminazioni.

4. La tutela giudiziaria avverso le condotte discriminatorie.

La prima e fondamentale forma di tutela contro le discriminazioni è l'azione di nullità di cui all'art. 15 St. Lav., che comporta la nullità e dunque l'inefficacia assoluta dell'atto discriminatorio vietato.

L'eliminazione *ex tunc* degli effetti negoziali e/o materiali dell'atto discriminatorio obbliga al ripristino, nei limiti della irripetibilità delle prestazioni già eseguite, della situazione anteriore di parità di trattamento e cumulativamente, al risarcimento del danno subito.

A tale forma di tutela generale, la legislazione successiva ha, poi, affiancato forme di tutela speciale in base ai diversi fattori di discriminazione.

Quanto alle discriminazioni per genere, occorre far riferimento alle disposizioni del Codice delle pari opportunità (D.Lgs. n. 198/2006⁶³) le quali prevedono che il lavoratore possa agire in giudizio, dinanzi al Tribunale in funzione di giudice del lavoro, mediante una azione ordinaria o mediante un procedimento speciale: la prima, prevista dall'art. 36 del D.Lgs. n. 198/2006, costituisce una mera azione di accertamento volta ad ottenere la declaratoria di nullità della condotta discriminatoria; il secondo, disciplinato dall'art. 38 del D.Lgs. n. 198/2006, si articola in una fase urgente e sommaria ed in un'altra eventuale a cognizione piena⁶⁴.

⁶³ Il capo III del libro III del D. Lgs. n. 198 del 2006 è dedicato alla "Tutela giudiziaria" ed incorpora tutte le disposizioni già contenute all'art. 4 della Legge n. 125 del 1991. Con l'intervento del 1991 il legislatore si è posto lo scopo di ovviare ad alcune pesanti limitazioni della precedente legge n. 903 del 1977, che non teneva conto della difficoltà della donna di agire in giudizio in caso di discriminazione individuale e soprattutto della sua difficoltà a dimostrare sul piano probatorio la discriminazione.

⁶⁴ La procedura d'urgenza prevista dall'art. 38, D. Lgs. 198/2006, può essere promossa dal soggetto discriminato o, per sua delega, dalle organizzazioni sindacali, dalle asso-

La particolarità delle azioni di cui trattasi consiste nel fatto che le stesse possono essere azionate in proprio dal soggetto leso oltretutto, per sua delega, in nome e per conto o a sostegno del medesimo, da altri soggetti collettivi specificamente individuati dalla normativa di riferimento. Precisamente, nelle discriminazioni di genere, dalle consigliere o dai consiglieri di parità⁶⁵, dalle organizzazioni sindacali, dalle associazioni e dalle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso⁶⁶.

Detti medesimi soggetti collettivi sono, poi, autorizzati ad agire autonomamente nelle c.d. discriminazioni collettive⁶⁷, vale a dire qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili

azioni e dalle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, o dalla Consigliera o Consigliere di parità provinciale o regionale territorialmente competente. In tal caso, il lavoratore può ricorrere al giudice del lavoro, o al Tar, laddove competente, del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato il quale, nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato e immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti (art. 38, co. 1). Contro il decreto è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti, opposizione davanti al medesimo giudice che decide, con sentenza immediatamente esecutiva, sulla base degli artt. 413 ss. c.p.c. (art. 38, co. 3). L'inottemperanza al decreto o alla sentenza è punita con l'applicazione di un'ammenda fino a 50.000 euro o dell'arresto fino a sei mesi (art. 38, co. 4). Per quanto concerne la disciplina sanzionatoria, le Direttive europee (cfr. artt. 15 della Direttiva 2000/43/Ce, 17 della Direttiva 2000/78/Ce e 25 della Direttiva 2006/54/Ce) prevedono che le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme di attuazione della disciplina antidiscriminatoria siano effettive, proporzionate e dissuasive e possano prevedere un risarcimento del danno. In particolare, con riferimento al risarcimento del danno, l'art. 18 della Direttiva n. 2006/54/Ce, prevede per le discriminazioni di genere che: "Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito". Si veda anche D. IZZI, *Molestie sessuali e danni non patrimoniali con funzione dissuasiva* (nota a App. Firenze 11 luglio 2013), in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2014, II, p. 624-631.

⁶⁵ Le consigliere o i consiglieri di parità provinciali o regionali possono, altresì, intervenire nei giudizi promossi dalla persona che vi ha interesse (art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 198/2006).

⁶⁶ Sul punto v., E. PASQUALETTO, *I divieti di discriminazione*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, II, in *Diritto del Lavoro – Commentario*, diretto da F. CARINCI, Torino, Utet, 2007, p. 512; G. BERGAMASCHI, H. BISONNI, *Accertamento della discriminazione*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2015, 20, p. 1265.

⁶⁷ Le azioni collettive sono previste dall'art. 5 del D.Lgs. n. 215/2003, dall'art. 5 del D.Lgs. n. 216/2003 e dall'art. 37 del D.Lgs. n. 198/2006. Si tratta di una legittimazione ad agire di carattere residuale.

in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni (art. 37 D. Lgs. n. 198/2006⁶⁸).

Si affianca, in tal modo, all'azione giudiziaria di carattere individuale, un'azione posta in essere da un soggetto pubblico, a tutela di un interesse, che si considera di carattere generale, alla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro⁶⁹.

La legge n. 92/2012⁷⁰ ha poi introdotto un rito speciale, articolato in una fase sommaria e in una fase eventuale a cognizione piena, per le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. Lav., tra cui rientrano anche i licenziamenti discriminatori di cui all'art. 3 della legge n. 108/1990⁷¹.

Con specifico riferimento alle conseguenze sanzionatorie in tema di licenziamento discriminatorio, il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento, ordina al datore di lavoro la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto, e condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia

⁶⁸ Il consigliere regionale o nazionale di parità che rilevi l'esistenza di discriminazioni collettive, anche qualora non siano individuabili in modo immediato e diretto i soggetti lesi, prima di promuovere l'azione in giudizio, può chiedere al datore di lavoro di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate entro un termine non superiore a centoventi giorni, sentite le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, le associazioni locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Nella sentenza di accertamento della discriminazione collettiva, il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina al datore di lavoro di definire – sentite le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché il Consigliere regionale di parità – il piano di rimozione delle discriminazioni accertate, fissando i criteri che devono essere osservati (art. 37, co. 3). L'art. 37, commi 4 e 5 del D. Lgs. n. 198 del 2006 prevede che la/il consigliera/e di parità possa anche proporre un ricorso di urgenza davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al Tar territorialmente competenti. La procedura ricalca quella dell'art. 28 Statuto e dell'art. 38 del D. Lgs. n. 198 del 2006.

⁶⁹ Il Consigliere di parità è anche legittimato a costituirsi parte civile per sentirsi riconoscere il diritto al risarcimento del danno subito quale soggetto danneggiato dal reato, in ragione delle funzioni istituzionali riconosciute a tale organo.

⁷⁰ Cfr. art. 1, co. 47 ss., L. n. 92/2012. Si precisa che il rito di cui trattasi non si applica ai licenziamenti di cui al D.Lgs. n. 23/2015, rubricato Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (cfr. art. 11 del D.Lgs. n. 23/2015).

⁷¹ Al riguardo, c'è chi rileva ulteriori problemi di coordinamento tra i riti esistenti: così, I. MILIANTI, *Sub art. 38 D. Lgs. 11 aprile 2006, n. 198*, in R. DE LUCA TAMAJO - O. MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, Cedam, 2013, p. 2338.

stata accertata la nullità stabilendo a tal fine una indennità⁷² commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione (che non potrà, comunque, essere inferiore a cinque mensilità), dedotto quanto percepito nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative; per il medesimo periodo, il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali⁷³.

In ambito giudiziale, uno dei maggiori ostacoli alla effettiva repressione degli atti discriminatori consiste nella difficoltà per colui che li subisce di fornirne la prova. Invero, secondo le regole generali, il lavoratore che agisce in giudizio deve provare il fatto storico in cui si concreta la discriminazione. Tuttavia, molte delle circostanze utili per la valutazione della natura discriminatoria di un provvedimento del datore di lavoro rientrano nella c.d. "sfera datoriale", tanto che per il lavoratore può risultare arduo (quando non impossibile) conoscerle ed addurre le prove necessarie a dimostrare la discriminazione subita.⁷⁴ Nella consapevolezza della difficoltà di assolvere un siffatto onere probatorio, la normativa europea ha cercato di avvantaggiare sul piano probatorio il lavoratore vittima di discriminazione, imponendo agli Stati membri di prendere le "misure necessarie", conformemente ai propri sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, qualora le persone che si ritengano lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento esponcano, dinnanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si possa presumere che vi sia stata una discriminazione, diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento⁷⁵.

La normativa nazionale di recepimento in tema di prova della discriminazione⁷⁶ ha, nella specie, previsto espressamente che nella ipote-

⁷² Si precisa che per il risarcimento del danno dei lavoratori sottoposti alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 23/2015 (vigente dal 7 marzo 2015), l'indennità è commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (cfr. art. 2, D.Lgs. n. 23/2015).

⁷³ L'art. 41-bis, infine, estende la tutela giurisdizionale di cui sopra avverso ogni comportamento pregiudizievole posto in essere nei confronti della persona lesa da una discriminazione o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne.

⁷⁴ Sul punto, si v. F. Fontana, Sub art. 4 Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n. 216, in R. DE LUCA TAMAJO - O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 1973.

⁷⁵ Così gli artt. 8 della Direttiva 2000/43/Ce, 10 della Direttiva 2000/78/Ce e 19 della Direttiva 2006/54/Ce, rubricati "Onere della prova".

⁷⁶ Così l'art. 28, co. 4, D.Lgs. n. 150/2011, rubricato "Delle controversie in materia di

si in cui il ricorrente fornisca “elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico”⁷⁷ relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all’assegnazione di qualifiche e mansioni, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti”⁷⁸, dai quali si possa presumere, “in termini precisi e concordanti”, l’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetti al convenuto l’onere di provare l’insussistenza della discriminazione.

Il lavoratore che voglia far valere in giudizio il mancato rispetto del principio di parità di trattamento nei suoi confronti è, quindi, dispensato dall’onere di fornire la c.d. piena prova degli elementi di fatto posti a base del proprio ricorso introduttivo, essendo sufficiente la semplice deduzione di fatti in qualche modo significativi per porre a carico del datore di lavoro il compito di provare l’insussistenza della discrimina-

discriminazione”; in questo senso l’art. 40, D.Lgs. n. 198/2006, rubricato “Onere della prova”, che prevede in più la locuzione “in termini precisi e concordanti”. La dottrina prevalente ritiene che non si possa parlare di inversione dell’onere della prova, quanto piuttosto di una *relevatio ab onere probandi* in favore del ricorrente. In realtà in dottrina vi è discussione in ordine alla corretta interpretazione da dare alle norme relative all’onere della prova in tale ambito. Una parte della dottrina ritiene che il legislatore abbia disposto l’inversione legale dell’onere della prova e che il riferimento agli elementi presuntivi della discriminazione non comporti un richiamo alla fattispecie della presunzione semplice di cui all’art. 2729 c.c.; altra parte della dottrina nega, invece, che si tratti di inversione dell’onere della prova e sostiene che si tratti piuttosto di un suo alleggerimento, prescrivendosi che il giudice valuti favorevolmente, secondo il suo prudente apprezzamento, le presunzioni sulla esistenza della discriminazione qualora siano fondate su fatti precisi e concordanti (la norma, infatti, salvo che per il riferimento alla gravità, ripete quanto disposto dall’art. 2729 c.c.); una terza parte della dottrina ritiene, infine, che il meccanismo probatorio di cui trattasi presenti caratteri suoi propri, funzionali alla caratteristiche della materia, e quindi non riconducibili né allo schema delle presunzioni semplici né a quello delle presunzioni legali. Per una ricostruzione sul punto, si v. C. LA MACCHIA, *Sub art. 40 D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 19*, in R. DE LUCA TAMAJO - O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 2340-2341.

⁷⁷ La Suprema Corte ha chiarito cosa debba intendersi per prova statistica: «una prova statistica, infatti, ancorché non caratterizzata da un rigore scientifico cui *resisti non potest* non può che essere caratterizzata, ai fini della controllabilità globale dei risultati, da una chiara esplicitazione delle modalità di rilevazione degli stessi, dalla misurazione oggettiva e quantitativa dei fenomeni, da chiare modalità di presentazione delle informazioni» (cfr. Corte di Cassazione, Sez. lav., 05 giugno 2013, n. 14206, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2013, p. 667 ss.).

⁷⁸ Per semplificare la prova della discriminazione, il legislatore, all’art. 40 D.Lgs. n. 198/2006, ha previsto che “quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all’assegnazione di qualifiche e mansioni, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti, idonei a formare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l’onere della prova sull’insussistenza della discriminazione”.

zione⁷⁹, tanto da potersi parlare, in generale, di regime agevolato di allegazione della prova⁸⁰. In altri termini, la vittima della discriminazione dovrà fornire elementi di fatto relativi, ad esempio, a trasferimenti, tali da far presumere l'esistenza di un comportamento discriminatorio in ragione del sesso, mentre sarà onere del datore di lavoro dimostrare in giudizio che la diversità di trattamento è avvenuta non per fini discriminatori, ma legittimi, come, ad esempio, per ragioni inerenti all'organizzazione dell'impresa⁸¹.

Chi subisce una discriminazione, in genere, a causa della condizione di particolare debolezza e vulnerabilità (derivante anche dall'appartenenza ad un gruppo svantaggiato) in cui versa, potrebbe essere poco disposto a citare in giudizio il proprio datore di lavoro e a sopportare i sacrifici e i costi, non solo economici, connessi al processo.

Per rafforzare l'effettività della disciplina e perseguire, più in generale, un fine di giustizia sociale, la normativa prodotta nell'ultimo decennio dall'UE ha cercato di muoversi in un'ottica in parte diversa da quella tradizionale, delineando nuove tecniche di tutela processuale che si collocano in una dimensione collettiva e/o pubblica. Il legislatore europeo ha previsto, infatti, come abbiamo visto, accanto al modello di tutela basato sul rimedio giudiziale individuale, nuovi meccanismi e nuovi strumenti di reazione, in particolare ponendo un forte accento sul ruolo degli organismi collettivi, quali gli enti pubblici e/o le associazioni portatrici di interessi diffusi, a cui demanda il compito di coadiuvare, o addi-

⁷⁹ In questo senso, F. FONTANA, *Sub art. 4 Decreto Legislativo 9 luglio 2003*, n. 216, in R. DE LUCA TAMAJO - O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 1975-1976.

⁸⁰ Cfr. A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro*, cit., p. 338, secondo cui "ci troviamo pertanto al cospetto di un regime agevolato di allegazione probatoria per il prestatore: in forza di esso basta a quest'ultimo provare la verosimiglianza – e non la verità – del fatto in discussione, perché la decisione della controversia dipenda dalla prova del fatto ricadente sul datore. Che ciò conduca o meno alla c.d. inversione dell'onere della prova risulta tutto sommato irrilevante".

⁸¹ Altrettanto, di contro, pare non potersi affermare nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio, dove è comunque il lavoratore a dover fornire la prova, anche se per presunzioni, della discriminazione subita affinché il licenziamento sia dichiarato nullo in forza dell'art. 3 della legge n. 108/1990, indipendentemente dalla motivazione addotta, laddove, come noto, l'art. 5 della legge n. 604/1966 attribuisce, invece, al datore di lavoro l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento; tanto che, nel caso in cui il lavoratore non sia in grado di fornire elementi di fatto, anche di carattere statistico, dai quali desumere la discriminazione, l'esistenza del fatto adottato dal datore a fondamento del recesso impedisce la configurazione del licenziamento come discriminatorio. Cfr. G. BERGAMASCHI, H. BISONNI, *Accertamento della discriminazione*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2015, p. 1268.

rittura sostituire, in sede di giudizio, il soggetto discriminato.

In tale contesto, la tutela giudiziaria (e, in particolare, la tecnica dell'alleggerimento dell'onere probatorio in favore del ricorrente) assume un rilievo cruciale nella attuazione e protezione, effettiva e concreta, del diritto alla parità di trattamento nell'ottica del necessario temperamento dei principi di uguaglianza formale e sostanziale.

La disciplina comunitaria impone di ritenere provata la discriminazione una volta verificata l'effettiva esistenza dei fatti addotti dall'attore e non consente di rimettere alla discrezionalità del giudice la valutazione relativa all'idoneità probatoria di essi. Così, nell'ipotesi di discriminazione diretta, l'attore avrà dunque l'onere di esporre i fatti secondari da cui risulti di aver subito, per una ragione legata ad uno dei fattori protetti, un trattamento differenziato rispetto a quello che il datore di lavoro ha, o avrebbe, riservato ad altri. In particolare, sarà necessario che dai fatti allegati si possa oggettivamente dedurre un nesso causale tra il trattamento meno favorevole e l'appartenenza al gruppo protetto (si pensi, per esempio, al licenziamento di una donna per raggiungimento o superamento dell'età pensionabile), rimanendo irrilevanti elementi soggettivi, quali il motivo o la volontarietà della condotta discriminatoria. Il convenuto, presunto autore della discriminazione lamentata in giudizio, essendo onerato della prova liberatoria, dovrà provare che non ricorrono i presupposti per applicare la normativa antidiscriminatoria, oppure potrà giustificare la disparità accertata con fattori obiettivi ed estranei ad ogni discriminazione basata su fattori di rischio vietati (si pensi ad una diversità nella capacità individuale di lavoro degli interessati o nella qualità delle prestazioni di un lavoratore rispetto a quelle del suo collega); o, infine, potrà invocare la deroga al principio della parità di trattamento, ove prevista dal singolo Stato membro, allorché una caratteristica correlata a uno qualunque dei fattori protetti costituisca, "per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata (...), un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato" (v. art. 4, co. 1, dir. n. 2000/78/CE).

Con riguardo al caso della discriminazione indiretta, invece, l'attore sarà tenuto ad allegare che una particolare disposizione, un criterio o una prassi, pongano in una posizione di specifico svantaggio persone di un particolare sesso, orientamento sessuale, ecc. Ad ogni modo, ove il ricorrente allegnerà fatti da cui risulterà *prima facie* l'esistenza di un "*disparate impact*" della misura in questione, sarà onere del datore di lavoro dare la "piena" prova contraria (per esempio, contestando la correttezza della comparazione statistica), ovvero dimostrare che tale dispa-

rità deriva da una decisione motivata da una giustificazione ragionevole ed oggettiva (v. art. 2 (1) (b) della dir. n. 2006/54/CE). Ma in quest'ultimo caso, stando ai criteri enunciati dalla Corte di Giustizia, egli dovrà comunque dimostrare che la prassi discriminatoria risponde ad una "reale necessità", che non ci sono mezzi alternativi con cui lo scopo perseguito potrebbe essere raggiunto e, infine, che non vi sono altri mezzi idonei ad ottenere un effetto meno discriminatorio⁸².

In ambito nazionale, le controversie in tema di discriminazione sono rimaste per lungo tempo lontane dai livelli più alti della giurisdizione, tanto che ancora oggi il *corpus* più nutrito delle decisioni giurisprudenziali cui la dottrina fa riferimento è senza dubbio costituito dalle sentenze della Corte di Giustizia. Tale situazione pare, però, essere destinata a mutare, essendosi oramai avviato un processo di progressiva attenzione alla materia, con conseguente formazione di una teoria giurisprudenziale della discriminazione, soprattutto in tema di onere della prova e di licenziamento.

Con riferimento all'onere della prova della discriminazione, i giudici nazionali, sia di merito che di legittimità, si sono più volte pronunciati sul punto in modo sostanzialmente unanime.

In particolare, per ciò che attiene alla discriminazione di genere, è stato precisato che: "In tema di comportamenti datoriali discriminatori, l'art. 40, D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198 - nel fissare un principio applicabile sia nei casi di procedimento speciale antidiscriminatorio che di azione ordinaria, promossi dal lavoratore ovvero dal consigliere di parità - non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime probatorio ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della Direttiva n. 2006/54/CE, l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso"⁸³.

⁸² In argomento v. R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 538 ss.

⁸³ Così, Corte Cass., Sez. lav., 05 giugno 2013, n. 14206, cit.; Corte Giust. Ue 21 luglio 2011, C-104/10.

Il giudice è, dunque, chiamato, in ogni caso, ad operare un controllo di legittimità sulle condotte tenute dal datore di lavoro, nell'ambito di un giudizio all'esito del quale emettere un provvedimento che realizzi la tutela del diritto del lavoratore a mezzo di una efficace combinazione di rimedi: o di carattere ripristinatorio, volti a ristabilire la parità di trattamento; o di carattere inibitorio, volti ad impedire che una violazione sia compiuta o ripetuta; o di carattere risarcitorio, volti a compensare il soggetto leso per i danni subiti.

Nell'attuale contesto socio economico, però, il principale pericolo è rappresentato dal fatto che tale forma di tutela contro le discriminazioni, a presidio dei valori più alti della persona, e in particolare la prova della discriminazione, è, e continua a rimanere, per il lavoratore, una prova difficile da fornire in giudizio.

Occorre rimarcare come ancora oggi esistano differenze molto significative tra uomini e donne in termini di promozioni all'interno delle categorie professionali e, soprattutto, ai livelli dirigenziali. Ciò nonostante, sebbene una perfetta parità non sia stata ancora raggiunta, si può affermare con ragionevole convinzione che il mercato del lavoro sia giunto a un punto molto avanzato nella strada del raggiungimento di una sostanziale uguaglianza.

Numerose sono le iniziative promosse a favore della pari opportunità, volte a diffondere la cultura della parità e della conciliazione lavoro famiglia, così come diverse sono le politiche di conciliazione previste nei più recenti interventi legislativi.

Una politica aziendale sensibile alle differenze di genere deve partire dal presupposto che gli uomini e le donne non sono uguali e che anche le rispettive professioni, condizioni lavorative e modalità di trattamento sono diverse. Tuttavia, i risultati maggiormente positivi sono proprio quelli che derivano dalla valorizzazione delle differenze, ognuna, nella sua singolarità, portatrice della propria unicità.

In tale direzione, diversi sono i fattori da analizzare: *in primis*, non può trascurarsi che le donne e gli uomini sono fisicamente diversi ed hanno differenti responsabilità in ambito casalingo. Le donne che svolgono una professione possono avere di fatto una duplice occupazione, sul posto di lavoro e a casa. È, quindi, fondamentale riconoscere tali differenze e adottare un approccio sensibile volto all'integrazione della dimensione di genere nella pianificazione, nell'amministrazione e nelle lavorazioni aziendali, nonché diretto a sviluppare metodologie e strumenti che consentano di promuovere il *gender mainstreaming*. Particolare attenzione dovrà allora essere riservata alla considerazione degli specifici compiti svolti dagli uomini e dalle donne, alla differenza nelle condizioni di lavoro e nell'esposizione ai rischi, nonché alle differenze relative alle pos-

sibilità di carriera. Sarà necessario favorire la conciliazione tra lavoro e vita familiare, promuovendo un miglior equilibrio vita-lavoro; assicurare le pari opportunità, supportando e incoraggiando le donne nelle professioni ove domina la presenza maschile; condurre campagne di informazione che riguardano, in particolare, la salute; coinvolgere le donne nei processi di decisione tramite un approccio partecipativo. Infine, non meno importanti, gli strumenti utilizzabili a supporto della valutazione dei rischi connessi alle differenze di genere, quali linee guida e *brochures*, corsi di formazione ed esempi di buone pratiche.

Considerare le differenze non come fattori di rischio da cui ben guardarsi, ma come risorse da cui poter accingere, significherà rendere l'azienda più innovativa, più creativa, di conseguenza, più produttiva e più competitiva anche sul mercato.

LUCA DI SALVATORE

Il lavoro degli immigrati

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il lavoro regolare. - 3. Le criticità del mercato del lavoro degli immigrati: il ruolo dei Servizi Pubblici per l'Impiego. - 4. *Segue*: il riconoscimento delle qualificazioni e delle competenze dei lavoratori immigrati. - 5. Il lavoro irregolare.

1. Introduzione

Sono 278 mila i migranti che hanno attraversato illegalmente le frontiere dell'Unione Europea nel 2014, due volte e mezzo rispetto al 2013 (107 mila) e circa il doppio del 2011 (141 mila), anno delle "primavere arabe"¹. In Italia, nello stesso anno, gli sbarchi hanno superato il 400% rispetto al 2013: gli immigrati arrivati nella penisola sono passati da 43 mila a 170 mila.

Anche il dato parziale del 2015 non è molto incoraggiante. I migranti che hanno raggiunto via mare l'Europa nei primi sei mesi dell'anno sono stati più di 150 mila: la quasi totalità degli arrivi, secondo le stime dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, è stata registrata in Italia e in Grecia. Al 10 agosto 2015 sono sbarcati in Italia circa 100 mila immigrati. Per tutto l'anno si prevedono 200 mila arrivi.

Al fine di dare una risposta a questo immane problema, la Commissione Europea ha posto tra le sue priorità la gestione delle politiche migratorie e la revisione o integrazione della vigente normativa europea². Gli obiettivi individuati come prioritari sono:

- Lo sviluppo di una politica comune in materia di asilo;
- La promozione di una nuova politica europea sulla migrazione legale, finalizzata all'attrazione di migranti qualificati;
- Il contrasto alla migrazione irregolare;
- La garanzia della sicurezza delle frontiere e la lotta al traffico di esseri umani.

¹ Dati diffusi dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea (Frontex).

² Cfr. *Le politiche dell'Unione europea in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione: normativa di riferimento e prospettive future*, Servizio Studi del Senato, Dossier n. 215/2015.

Un importante passo in avanti è stato compiuto dalla Commissione con l'Agenda europea sulla migrazione, presentata il 13 maggio 2015. L'Agenda, fondata su quattro pilastri (contrasto dei trafficanti e riduzione degli incentivi all'immigrazione irregolare; controllo dei confini e ritorno dei migranti nei paesi d'origine; rafforzamento della politica d'asilo; avviamento di una nuova politica per la migrazione legale), vuole comunicare un messaggio fondamentale: la migrazione è una responsabilità condivisa in Europa. Senza questa consapevolezza non ci può essere una gestione efficace del flusso migratorio³. La migrazione è un fenomeno estremamente complesso che presenta tante sfaccettature, ciascuna delle quali deve essere gestita nella sua specificità. E' necessario proteggere coloro che hanno bisogno, è necessario rendere più attrattiva l'Europa per le persone di cui la stessa ha bisogno (ogni anno circa 20 milioni di persone entrano in Europa per periodi più o meno lunghi e contribuiscono allo sviluppo dell'economia) e infine è necessario sviluppare azioni per contrastare l'immigrazione irregolare.

Con la pubblicazione dell'Agenda dunque la Commissione intende fornire una risposta europea alla situazione di crisi in atto che combini politica interna ed estera e che coinvolga tutti gli attori interessati (non solo gli Stati membri, ma anche istituzioni europee, organizzazioni internazionali, società civile, autorità locali e Paesi terzi).

L'importanza dell'Agenda va ravvisata soprattutto sul piano della politica europea: per la prima volta gli sbarchi degli immigrati sono considerati una questione che interessa l'Unione Europea nel suo complesso e non soltanto i paesi di primo approdo, come l'Italia.

La Commissione Europea infatti prevede, tra le azioni fondamentali da porre in essere in tema di rafforzamento della politica d'asilo, un riesame ed eventuale revisione del regolamento Dublino nel 2016. Tale regolamento⁴ impone oggi al primo paese di approdo la responsabilità di ricevere ed esaminare le domande di protezione internazionale. La responsabilità dell'esame di una domanda incombe principalmente allo Stato membro che ha svolto il ruolo maggiore relativamente all'ingresso o

³ Così G. DI BLASI, DG Migration and Home Affairs - Commissione Europea, nella relazione tenuta nell'ambito del Gruppo di Lavoro "Immigrazione, Politiche Sociali e Diritti Umani", 9 luglio 2015, Comitato delle Regioni, Bruxelles.

⁴ Il c.d. regolamento Dublino III, entrato in vigore il 1° gennaio 2014, ha apportato una serie di modifiche sostanziali al precedente regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003 (c.d. regolamento Dublino II), che aveva stabilito i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro dell'Unione Europea competente a esaminare una domanda di asilo presentata da un cittadino di un paese terzo.

al soggiorno del richiedente. I criteri per stabilire tale responsabilità sono, in ordine gerarchico, considerazioni di natura familiare, il possesso recente di un visto o permesso di soggiorno in uno Stato membro, l'ingresso regolare o irregolare del richiedente nell'Unione Europea. Tale meccanismo di ripartizione delle responsabilità per l'esame delle domande di asilo non funziona come dovrebbe⁵: ciò, costituisce l'esito di una prolungata assenza di una politica europea comune basata sul principio di solidarietà tra gli Stati membri e su quello di accoglienza nei confronti dei richiedenti asilo.

Il principio su cui si fonda il c.d. "sistema Dublino", oltre a non prevedere alcuna forma di solidarietà tra i paesi europei con riferimento all'accoglienza⁶, finisce per generare clandestinità, in quanto disincentiva meccanismi efficienti di identificazione degli immigrati.

E' necessario pertanto rivedere i parametri giuridici del regolamento Dublino per ottenere una più equa distribuzione dei richiedenti asilo in Europa. Oggi è la volontarietà che caratterizza la distribuzione del peso degli immigrati tra gli Stati membri dell'Unione Europea; tuttavia, il concetto di responsabilità rischia di non essere esaustivo se si punta il dito soltanto sulla volontarietà dei sistemi nazionali e rischia di non centrare in pieno il bersaglio della solidarietà. Responsabilità e solidarietà devono andare di pari passo, non esiste un principio che prevale sull'altro⁷.

L'Italia, in qualità di Paese "di primo approdo", si trova in una posizione molto delicata in quanto è chiamata a gestire da sola non soltanto il problema di offrire ai migranti un'accoglienza rispettosa della loro dignità, ma anche quello relativo all'integrazione degli stessi nel mercato del lavoro.

Gli immigrati hanno rivoluzionato il mercato del lavoro con un impatto di proporzioni enormi.

Negli ultimi quindici anni il rapido aumento dell'immigrazione ha fatto sì che il numero di lavoratori stranieri attivi nell'economia italiana sia aumentato da percentuali pressoché irrilevanti a valori prossimi al 10 per cento della forza lavoro. L'immigrazione è ormai diventata una com-

⁵ Nel 2014 cinque Stati membri hanno trattato il 72% di tutte le domande di asilo presentate. L'Unione Europea può sicuramente fornire un'assistenza ulteriore.

⁶ Considerato che l'esaurimento di una domanda di protezione internazionale può durare anni, accollare tale onere al paese di primo approdo significa imporre a quel paese obblighi di accoglienza e ricovero dei profughi molto prolungati.

⁷ In questi termini M. FALCO, Vice Prefetto, Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione - Ministero dell'Interno, nella relazione tenuta nell'ambito del Gruppo di Lavoro "Immigrazione, Politiche Sociali e Diritti Umani", 9 luglio 2015, cit.

ponente strutturale della società e dell'economia italiana.

Un mercato del lavoro che, accanto ai 2.441.251 occupati stranieri regolari (di cui 1.627.725 extra-UE)⁸, vede anche la numerosa presenza di lavoratori immigrati irregolari che mostrano fragilità nel mercato e di conseguenza sono maggiormente esposti al rischio di varcare la soglia del lavoro sommerso. L'integrazione delle persone immigrate è una delle sfide su cui si gioca il futuro dell'Italia.

Il presente scritto si propone di individuare, attraverso l'analisi delle condizioni occupazionali degli immigrati nel mercato del lavoro italiano (con qualche cenno anche al mercato del lavoro europeo), quelle che sono le principali problematiche del mercato stesso al fine di sviluppare strumenti capaci di favorire l'integrazione degli stranieri. Inoltre, si cercherà di analizzare l'impatto che il lavoro sommerso e irregolare ha sulla nostra società ed economia.

2. Il lavoro regolare

La migrazione verso l'Italia è avvenuta inizialmente per motivi occupazionali. I primi gruppi di immigrati sono arrivati dall'area UE, dal Nord Africa e dalle Filippine in cerca di lavoro. Successivamente, a partire dai primi anni '90 del '900, sono aumentati i flussi provenienti dai Paesi dell'Europa dell'Est (Albania, Romania, *ex*-Jugoslavia) tant'è che oggi gli immigrati di origine europea costituiscono più della metà della popolazione immigrata⁹. L'allargamento dell'Unione Europea alla Romania e alla Bulgaria ha accentuato questa tendenza. La vicinanza alle aree di conflitto passato o presente spiega inoltre la numerosa presenza di immigrati per ragioni umanitarie¹⁰.

Complessivamente, la popolazione straniera in età da lavoro (15 anni e oltre) regolarmente residente in Italia è, nel 2014, di poco superiore ai 4 milioni di individui di cui circa 2 milioni e mezzo di occupati, poco meno di 500 mila persone in cerca di lavoro e poco più di un milione di inattivi¹¹.

⁸ I dati si riferiscono all'anno 2014. Fonte Istat costituita dai microdati della Rilevazione continua delle forze di lavoro del II trimestre 2014.

⁹ Secondo i dati riportati da Caritas-Migrantes, XXIV Rapporto Immigrazione 2014, i cittadini stranieri residenti in Italia sono all'incirca 5 milioni e provengono soprattutto da Romania (1.081.400), Albania (495.709), Marocco (454.773), Cina (256.846), Ucraina (219.050) e Filippine (162.655).

¹⁰ Per un approfondimento V. OECD (2014), *Lavoro per gli immigrati: l'integrazione nel mercato del lavoro in Italia*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264216570-it>.

¹¹ *Quinto rapporto annuale. Gli immigrati nel mercato del lavoro in Italia*, a cura della Di-

Per quanto concerne la distribuzione territoriale, la maggiore concentrazione di occupati extra-UE si osserva soprattutto nelle regioni del Nord (circa un milione di lavoratori). I lavoratori stranieri di cittadinanza comunitaria sono presenti soprattutto nelle regioni del Centro; soltanto il 14,7% dei lavoratori comunitari e il 13,3% di quelli non comunitari lavora nelle regioni del Mezzogiorno.

Relativamente al biennio 2013-2014 viene in risalto un dato che sottolinea l'importanza dei lavoratori stranieri per le dinamiche del mercato del lavoro italiano. La componente immigrata, nonostante l'ultimo scorcio del periodo di crisi, ha mantenuto un tasso di occupazione superiore rispetto alla popolazione italiana. Infatti, a fronte della diminuzione del numero di occupati italiani di circa 23 mila unità, aumenta il numero di occupati stranieri di entrambe le componenti UE ed extra UE per complessivi +111.277 lavoratori. Allo stesso modo, il tasso di disoccupazione relativo agli italiani ha continuato a salire (+0,6%), mentre quello degli stranieri ha mostrato segni di diminuzione (-0,4%)¹². Se confrontiamo le "performances" occupazionali dell'Italia con quelle di altri paesi europei quali Germania, Francia, Spagna e Regno Unito (paesi simili all'Italia per dimensioni, caratteristiche economiche e produttive) viene fuori che l'Italia è l'unico paese in cui la variazione positiva del numero di occupati (pari a +0,4% nel 2014 rispetto al 2013) sia da attribuirsi esclusivamente alla componente straniera, dato il costante decremento della componente nativa (-0,1% del 2014 rispetto all'anno precedente)¹³. E' evidente come la forza lavoro straniera ha controbilanciato il calo occupazionale che ha interessato i lavoratori italiani. Non è possibile dire altrimenti per i mercati del lavoro tedesco, francese, spagnolo e britannico¹⁴. Questo fenomeno, dovuto principalmente alla struttura demografica della popolazione straniera (più giovane, e quindi in età lavorativa), ha un impatto diretto sul nostro sistema economico. I 2,4 milioni di occupati non italiani, infatti, contribuiscono alla produzione di circa 123 miliardi di euro

rezione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2015, p. 32.

¹² F. PADULA, *Lavoro e imprese: cresce il ruolo degli immigrati nell'Ue*, Il Sole24Ore, 21 aprile 2015.

¹³ Elaborazioni Staff SSRMdl di Italia Lavoro su dati Eurostat. *Quinto rapporto annuale. Gli immigrati nel mercato del lavoro in Italia*, cit., p. 28.

¹⁴ In Germania, così come nel Regno Unito e in Spagna, è stata la componente nativa a sostenere la crescita dell'occupazione. Caso diverso quello francese, in cui il rallentamento della dinamica occupazionale ha interessato il mercato del lavoro nell'insieme delle sue componenti.

di valore aggiunto, ovvero l'8,8% della ricchezza nazionale complessiva¹⁵. L'importanza dei lavoratori stranieri per il mercato del lavoro italiano è cresciuta ancor di più nei lunghi anni di crisi economica.

Sebbene l'integrazione degli immigrati nel mercato del lavoro appaia inizialmente positiva, molti di loro sono impiegati in lavori poco qualificati e sottopagati e hanno scarse possibilità di accedere a lavori più qualificati. Inoltre, i lavoratori immigrati sono generalmente più vulnerabili in quanto concentrati soprattutto in settori duramente colpiti dalla crisi (edilizia, ad esempio) e hanno situazioni contrattuali più precarie (soprattutto contratti a tempo determinato). Senza dimenticare che la manodopera straniera viene più facilmente espulsa dal mercato del lavoro rispetto a quella italiana e non sono previsti adeguati strumenti di riassorbimento.

I rapporti e gli studi redatti dalle diverse associazioni e fondazioni che, sia a livello istituzionale che privato, si occupano di immigrazione¹⁶ sono concordi nell'inquadrare il lavoro immigrato in particolari settori di attività e nelle mansioni meno qualificate e meno pagate. Con riferimento alle attività economiche, la presenza di lavoratori stranieri si concentra soprattutto nel settore di servizi collettivi e personali (39,3% sul totale degli occupati nel settore), degli alberghi e ristoranti (19,2%), delle costruzioni (18%), dell'agricoltura (17,1%), dell'industria in senso stretto (10,5%) e del trasporto (10,3%)¹⁷. Per rendere l'idea, tra gli uomini un immigrato su due lavora nel settore edile e manifatturiero, tra le donne immigrate una su due lavora nel settore dei servizi di assistenza alla persona. L'occupazione straniera si concentra dunque in pochi settori e professioni scarsamente qualificati. Ciò smentisce, o comunque ridimensiona, l'esistenza di una competizione tra italiani¹⁸ e stranieri per il lavoro. Si può pertanto affermare che l'offerta di lavoro immigrata sia soprattutto di tipo complementare; complementarità dovuta principalmente al fatto che i settori economici maggiormente occupati dagli stranieri hanno un basso prestigio sociale nella società italiana per cui vi è scarsa propensione ad esercitare quelle professioni¹⁹.

¹⁵ V. Fondazione Leone Moressa, *Il valore dell'immigrazione*, Franco Angeli, Milano, 2015.

¹⁶ Ministero degli Interni, Cnel, Istat, Caritas-Migrantes, Fondazione Leone Moressa, solo per citarne alcuni.

¹⁷ Caritas-Migrantes, XXIV Rapporto Immigrazione, 2014, p. 17.

¹⁸ Gli italiani sono prevalentemente impiegati nell'istruzione/sanità e pubblica amministrazione (22,1%), nell'industria (20,4%), seppur con ruoli differenti da quelli degli stranieri, e nel commercio (15,6%).

¹⁹ In questo senso Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, 2011.

Per quel che concerne le mansioni, la quasi totalità dei lavoratori stranieri svolge un lavoro alle dipendenze e più del 70% è impiegato con la qualifica di operaio. Il divario professionale tra italiani e stranieri è confermato dal fatto che appena lo 0,9% degli occupati stranieri ha una qualifica di dirigente o quadro a fronte dell'8% degli italiani. Infine, il 10,2% degli occupati extracomunitari svolge un'attività lavorativa per conto proprio²⁰.

Il quadro risulta ancor più preoccupante se si considera che gli immigrati presenti nel mercato del lavoro italiano hanno un livello di istruzione più elevato di quanto non si ritenga comunemente; la mancata coerenza tra competenze funzionali e mansioni ricoperte è un elemento caratterizzante la presenza degli stranieri nel mercato del lavoro. La concentrazione di questi ultimi nelle occupazioni meno qualificate dà luogo ad evidenti situazioni di declassamento occupazionale²¹.

La tendenza ad impiegare gli stranieri in posizioni di livello medio-basso si ripercuote evidentemente sui livelli salariali che tendono ad essere mediamente più bassi rispetto a quelli degli italiani²².

3. Le criticità del mercato del lavoro degli immigrati: il ruolo dei Servizi Pubblici per l'Impiego.

Nel nostro paese non sembra si possa ancora parlare di una piena integrazione della popolazione immigrata. Dal quadro della condizione occupazionale dei cittadini stranieri emergono soprattutto sperequazioni territoriali e disuguaglianze all'interno del mercato del lavoro. Le capacità e le risorse degli immigrati infatti tendono a concentrarsi solo in

²⁰ Elaborazioni Staff SSRMdl di Italia Lavoro su microdati RCFL - ISTAT. *Quinto rapporto annuale. Gli immigrati nel mercato del lavoro in Italia*, cit., p. 42.

²¹ Il fenomeno della sovra-istruzione della manodopera straniera appare evidente. Infatti: a parità di livello di istruzione equivalente alla laurea, la quota di lavoratori UE ed extra UE impiegati con mansioni di basso livello è pari al 23,2% del totale a fronte dello 0,4% degli italiani e nondimeno l'83,9% di questi ultimi ricopre la funzione di dirigente, professioni intellettuali e tecniche contro appena il 36,7% degli stranieri laureati; i lavoratori italiani con nessun titolo o al massimo la licenza elementare che svolgono mansioni tecniche di tipo operaio sono poco più della metà del totale (51,2%), a fronte di circa un terzo degli stranieri con i medesimi livelli di competenza (30,9%); nel caso di lavoratori con educazione secondaria superiore, ben il 32,5% degli UE ed extra UE svolge un lavoro manuale specializzato a fronte del 18,2% degli italiani. Dati forniti dal *Quinto rapporto annuale. Gli immigrati nel mercato del lavoro in Italia*, cit., pp. 44 ss.

²² Stando a un dato concreto fornito dai microdati Istat, mentre la retribuzione netta media mensile dichiarata dagli occupati italiani è di 1.326 euro, quella relativa ai cittadini comunitari scende a 993 euro, per scendere ulteriormente a 942 euro per i cittadini non comunitari.

alcune zone del paese e in alcuni settori produttivi rischiando di non essere valorizzate appieno; di qui ne deriva la difficoltà di integrazione degli immigrati nel tessuto socio-economico italiano²³.

Per favorire l'inclusione di questo segmento del mercato del lavoro si dovrebbero attivare:

- azioni di accompagnamento e avviamento al lavoro mediante canali specifici per favorire l'incrocio tra la domanda e l'offerta (sia per coloro che sono in cerca della prima occupazione sia per coloro che sono stati espulsi dal mercato del lavoro); tirocini formativi per facilitare l'integrazione culturale e l'apprendimento professionale; servizi specifici per facilitare la risoluzione dei problemi socio-lavorativi;
- azioni dirette al riconoscimento delle qualifiche professionali e delle competenze dei lavoratori migranti al fine di evitare fenomeni di declassamento occupazionale, con ripercussioni sui livelli salariali, e al fine di garantire un equo sistema di assunzioni.

La scarsa efficacia degli strumenti capaci di favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro e la mancanza di un riconoscimento effettivo delle qualificazioni e competenze dei lavoratori migranti costituiscono due tra le principali criticità presenti all'interno del mercato del lavoro italiano.

Quanto al primo punto, fondamentale è il ruolo dei Servizi Pubblici per l'Impiego. Nella logica di sviluppo di una rete di servizi volta a migliorare l'accesso al lavoro degli immigrati, i Centri per l'Impiego assumono un ruolo cruciale, «diventando un nodo sul quale far crescere le connessioni con diverse istituzioni deputate a facilitare i processi di integrazione» (Province, Prefetture, Camere di commercio, ecc.)²⁴. Il Servizio Pubblico per l'Impiego è l'"agenzia" responsabile del collocamento, anche se altri attori possono essere autorizzati a farlo (struttura di intermediazione pubblica diversa da un Centro per l'Impiego, agenzia interinale o altra agenzia privata di intermediazione). I servizi per l'impiego si rivolgono a lavoratori e imprese con l'obiettivo di favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

Le maggiori difficoltà incontrate dal sistema pubblico di collocamento per realizzare in modo efficiente la sua "missione" sono legate all'importanza dei canali informali per assumere nuovi lavoratori. Stando ai dati diffusi dal Quinto Rapporto Annuale (2015) *"I migranti nel mercato*

²³ CNEL, *Il ruolo degli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, 2012, p. 9.

²⁴ L. ZAPPALÀ, *Migliorare l'occupabilità dei lavoratori immigrati*, Progetto Prov-Integra, 2009, p. 24.

del lavoro in Italia”, poco più del 60% degli occupati extracomunitari ha trovato lavoro grazie a “parenti e/o amici”; solo lo 0,3/0,4% dei lavoratori stranieri è passato per un Centro pubblico per l’Impiego²⁵. E’ evidente la preponderanza dei vincoli etnici quale strumento privilegiato di inserimento lavorativo. Tuttavia, se i legami di cittadinanza possono procurare agli immigrati posti di lavoro non accessibili ai nativi, «nondimeno le reti sociali etnicamente omogenee possono anche penalizzare gli immigrati, poiché forniscono informazioni solo su segmenti del mercato del lavoro in cui la comunità etnica è già molto presente»²⁶. Tutto ciò costituisce ovviamente un limite all’azione di reinserimento occupazionale di tutti quei soggetti espulsi dal mercato del lavoro.

I dati sopra menzionati impongono un generale miglioramento dei servizi offerti dai Centri per l’Impiego al fine di favorire l’occupabilità dei lavoratori immigrati.

Il Servizio Pubblico per l’Impiego non deve apparire agli immigrati soltanto un punto di riferimento per fini amministrativi, come ad esempio ottenere una proroga del permesso di soggiorno, ma deve essere visto come uno strumento fondamentale in grado di svolgere un ruolo attivo nel loro collocamento.

Agli immigrati disoccupati dovrebbero essere forniti incentivi per contattare in maniera più sistematica i Centri per l’Impiego; sarebbe bene inoltre fornire incentivi anche ai datori di lavoro affinché segnalino le loro proposte di lavoro ai Centri. A questo proposito, al fine di aumentare l’efficienza del Servizio pubblico per l’Impiego e ridurre la riluttanza dei datori di lavoro nel contattare i Centri per l’assunzione di nuovi lavoratori, potrebbero essere utili *partnership* con altri attori interessati, come ad esempio le Camere di Commercio²⁷.

Sempre nell’ottica di migliorare i servizi offerti dai Centri per l’Impiego, sarebbe importante aumentare il livello di qualificazione delle risorse umane impiegate nei diversi uffici dei Centri (Sportello Immigrati, Servizio di mediazione linguistico-culturale, ecc.) per consentire lo sviluppo di relazioni efficaci con l’utenza straniera. Si potrebbero prevedere

²⁵ Sensibilmente più alta la quota di intermediati dal sistema privato: mediamente più del 3% dei cittadini comunitari ed extracomunitari è stato inserito nel mercato del lavoro grazie a un’agenzia interinale. Tra gli individui disoccupati, più del 90% dei cittadini ecuadoriani, egiziani, filippini, indiani, marocchini, pakistani, peruviani, srilankesi e tunisini ha svolto un’azione di ricerca rivolgendosi a conoscenti. Il 32,5% dei disoccupati extracomunitari ha avuto contatti con un Centro per l’Impiego per cercare lavoro.

²⁶ E. REYNERI, *Sociologia del mercato del lavoro*, Il Mulino, 2011.

²⁷ In questo senso cfr. OECD (2014), *Lavoro per gli immigrati: l’integrazione nel mercato del lavoro in Italia*, cit., p. 23.

re particolari formazioni per alcuni operatori al fine di: acquisire una conoscenza generale del fenomeno migratorio; essere in grado di evidenziare le attitudini e aspirazioni per la costruzione di un progetto professionale del lavoratore; saper individuare per ciascun utente le caratteristiche formative e professionali necessarie per l'inserimento nel mercato del lavoro; saper proporre percorsi personalizzati.

L'efficacia dei servizi offerti dai Centri per l'Impiego dipende infatti dalla competenza e dall'aggiornamento degli operatori che li gestiscono, dalla loro capacità di reperire informazioni e di suggerire interventi appropriati.

Sono auspicabili inoltre miglioramenti in tema di formazione linguistica²⁸ e culturale, educazione alla salute e alla sicurezza in ambito di lavoro, consapevolezza dei diritti di cittadinanza, informazione circa gli adempimenti inerenti la regolarità del soggiorno in Italia, orientamento al territorio e ai servizi socio-lavorativi.

Investire nei sistemi di istruzione e formazione e fornire servizi di collocamento e orientamento è fondamentale per aumentare la produttività, la competitività e l'occupazione.

4. Segue: il riconoscimento delle qualificazioni e delle competenze dei lavoratori immigrati.

Al fine di evitare fenomeni di «*brain waste*»²⁹, cioè di spreco di capitale umano, è necessario rimuovere le barriere all'occupazione quali la discriminazione e il mancato riconoscimento delle competenze e delle qualifiche, che espongono gli immigrati al rischio di disoccupazione e di esclusione sociale.

L'Unione Europea ha ritenuto fondamentale assicurare che gli immigrati in posizione regolare possano accedere senza essere discriminati al mercato del lavoro in funzione delle competenze e delle esperienze che vantano e abbiano la possibilità di partecipare pienamente alla vita socio-economica, politica e culturale della società ospite³⁰. In tal senso,

²⁸ Una caratteristica dell'immigrazione in Italia è che la stragrande maggioranza degli immigrati non parla o non comprende la lingua del Paese al suo arrivo. Non vi è dubbio che la padronanza della lingua del paese ospitante è un importante, se non il principale, fattore di integrazione - non solo per l'integrazione nel mercato del lavoro, ma anche nella società -.

²⁹ Così E. REYNERI, *Sociologia del mercato del lavoro*, cit.

³⁰ Programma di Stoccolma del 2 dicembre 2009, documento n. 17024/09 del Consiglio dell'Unione Europea.

sono ritenute essenziali misure che garantiscano il riconoscimento delle capacità e delle competenze acquisite e l'accesso non discriminatorio ai servizi sociali ed occupazionali, assicurando al tempo stesso uno stretto coordinamento tra politiche di integrazione e di inclusione.

Una mappatura del profilo di competenze dei cittadini di paesi terzi già residenti sul territorio italiano e il riconoscimento delle competenze e delle qualifiche, tra cui quelle acquisite al di fuori dell'UE, potrebbe ridurre considerevolmente lo "spreco di cervelli" derivante dal fatto che gli immigrati con un livello di istruzione elevato occupino posti di lavoro poco qualificati. Tale mappatura, da un lato, consentirebbe la creazione di un "filo diretto" tra il datore di lavoro e il lavoratore profilato, dall'altro, con l'utilizzo di adeguati strumenti (si pensi ad esempio alla creazione di una pagina *web* dedicata), potrebbe fornire ai lavoratori qualificati informazioni aggiornate sulle professioni più richieste, un'analisi dei bisogni di competenze, un'analisi degli squilibri di competenze e dell'utilizzo delle stesse sul luogo di lavoro.

Una politica di ammissione flessibile e fondata sulla domanda potrebbe poi contribuire in modo significativo a rispondere ai bisogni futuri di manodopera. L'adeguamento delle competenze può essere migliorato grazie a una maggiore cooperazione con i paesi terzi su diversi fronti, quali la condivisione di informazioni sui bisogni del mercato del lavoro e la collaborazione con i servizi per l'impiego e le agenzie di collocamento.

Proprio al fine di "attrarre talenti", il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato la direttiva 2009/50/CE (25 maggio 2009) sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati. La direttiva ha introdotto una procedura di ammissione accelerata che consente il rilascio di un permesso speciale di soggiorno per i lavoratori di Paesi terzi, la c.d. Carta Blu dell'Unione Europea, ai fini di attività lavorative altamente qualificate. La direttiva prevede diritti sociali ed economici pari a quelli dei cittadini dello Stato membro ospitante in una serie di settori (condizioni di lavoro, sicurezza sociale, pensione, riconoscimento dei diplomi, istruzione e formazione professionale). Obiettivo della direttiva Carta blu è quello di attirare in Europa cittadini di paesi terzi altamente qualificati; tuttavia, nei suoi primi due anni di vigenza, sono state emesse soltanto 16.000 Carte blu, di cui 13.000 da un unico Stato membro (la Germania)³¹.

³¹ A. PLATONOVA, Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (IOM), nella relazione tenuta nell'ambito del Gruppo di Lavoro "Immigrazione, Politiche Sociali e Diritti Umani", 9 luglio 2015, cit.

La modernizzazione e la riforma del sistema della Carta rientra tra le azioni programmate dall'Agenda Europea sulla immigrazione. Il riesame riguarderà soprattutto il campo di applicazione: ad esempio, l'inclusione degli imprenditori disposti a investire in Europa e il miglioramento della mobilità all'interno dell'U.E. per i titolari di Carta blu. L'obiettivo è quello di avvicinare sempre più la Blu card alla *Green card* americana.

Infine, un equo sistema di assunzioni dovrebbe eliminare la presenza di dinamiche discriminatorie nei confronti degli immigrati. I risultati di alcuni studi³² dimostrano chiaramente che gli immigrati, a parità di età e di livello di istruzione, hanno una probabilità maggiore di svolgere attività manuali rispetto agli italiani e una probabilità minore di svolgere lavoro intellettuale (si stimano differenze di 26 punti percentuali per gli uomini e 35 per le donne). Differenze così marcate nella probabilità di accesso a determinate posizioni lavorative portano a ritenere che i datori di lavoro attuino delle pratiche discriminatorie nei confronti dei lavoratori stranieri³³.

In tema di lotta alle discriminazioni, il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato la direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. Tale direttiva è stata recepita in Italia dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215³⁴.

5. Il lavoro irregolare

L'inquadramento lavorativo degli immigrati non sarebbe completo se non si parlasse anche dell'ampia diffusione del lavoro irregolare o sommerso (lavoro "nero" e lavoro "grigio").

³² G. FULLIN-E. REYNERI, *Low unemployment and bad jobs for new immigrants in Italy*, in *International migration* (vol. 49), 2011.

³³ In questo senso CNEL, *Il ruolo degli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, cit., ove si afferma che, pur non essendo possibile sulla base dei dati disponibili capire in che misura le penalizzazioni siano dovute a comportamenti discriminatori da parte dei datori di lavoro (in quanto le stime non possono tenere in considerazione, ad esempio, la conoscenza della lingua italiana o le capacità personali degli individui), differenze così rilevanti non possono che far pensare alla presenza di dinamiche discriminatorie nei confronti degli immigrati.

³⁴ Il decreto reca le disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, disponendo le misure necessarie affinché le differenze di razza o di origine etnica non siano causa di discriminazione, anche in un'ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini, nonché dell'esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso.

Rientrano nel lavoro “nero” tutte le forme di lavoro non regolare sotto il profilo legale e segnatamente quelle subordinate e caratterizzate da un forte squilibrio tra domanda e offerta in termini di relazione di potere che implicano situazioni di grave sfruttamento³⁵. In altre parole, si tratta di quel lavoro che non rispetta gli obblighi contrattuali (orari, livelli retributivi, *standard* di sicurezza), contributivi (copertura presso le assicurazioni sociali) e fiscali (contributi dovuti al fisco).

Per lavoro “grigio”, invece, si intende un parziale occultamento della prestazione lavorativa. Il lavoro formalmente è regolare, ma contiene in sé elementi di irregolarità: ore lavorate non regolari, imponibile contributivo non dichiarato, ore retribuite “fuori busta”, ore non retribuite affatto³⁶.

Nel panorama europeo l'Italia, insieme al Portogallo e alla Grecia, è il paese con la più alta percentuale di lavoro “nero”³⁷. Il lavoro sommerso rappresenta il 14,5% dell'occupazione nazionale³⁸. Sebbene questo fenomeno interessi sia i nativi che gli immigrati, si osserva una maggiore incidenza fra gli stranieri (sia immigrati irregolari – con permesso di soggiorno e senza autorizzazione al lavoro – sia clandestini, privi anche del permesso di soggiorno).

Il lavoro sommerso si presenta con diversa intensità nei vari settori economici in relazione alla “permeabilità” del settore all'irregolarità.

Il settore con la maggiore incidenza è quello dell'agricoltura, che ha visto il tasso di irregolarità crescere dal 20,5% del 2000 ad oltre il 25% del 2014. Il fenomeno è più pronunciato nelle regioni del Sud dove si combina con condizioni estreme di sfruttamento e con una forte sovrapposizione con fenomeni di illegalità e criminalità (si pensi, ad esempio, al “caporalato”). Il caporalato, pratica molto diffusa in Italia in settori come

³⁵ In questi termini E. PUGLIESE-E. REBEGGIANI, *Indagine su “Il lavoro nero”*, a cura di E. PUGLIESE, in CNEL, *Il lavoro che cambia, contributi tematici e raccomandazioni. Rapporto sul mercato del lavoro*, 2009, p. 3.

³⁶ Per un'ampia analisi del c.d. lavoro grigio rinvio a C. DE GREGORIO-A. GIORDANO, *“Nero a metà”: contratti part-time e posizioni full-time fra i dipendenti delle imprese italiane*, Istat Working Papers, 2014.

³⁷ Il fenomeno del lavoro nero si è diffuso in Italia a partire dagli anni '70 in seguito al diffondersi di processi di disarticolazione dei processi produttivi, di cambiamento nella composizione settoriale dell'occupazione e dalle innovazioni nel sistema di regolazione del lavoro dipendente. Tali processi hanno fatto sorgere una galassia di piccole imprese a bassa tecnologia, a carattere informale e ad accentuata concorrenza. Proprio per reggere la concorrenza molto spesso si è fatto ricorso al lavoro nero, in particolare con l'immissione di lavoratori immigrati.

³⁸ Dato reso noto dall'Istat nel corso del Convegno nazionale *Immigrazione e lavoro sommerso: azioni di prevenzione, contrasto e politiche attive*, promosso dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e realizzato da Italia Lavoro, Roma, 30 ottobre 2014.

l'agricoltura e l'edilizia, si basa sullo sfruttamento criminale della manodopera (soprattutto extracomunitaria) a basso costo. Solitamente il reclutamento delle persone avviene da parte di un soggetto, definito appunto "caporale", che nelle prime ore della giornata raccoglie manodopera giornaliera per farla lavorare abusivamente e illegalmente nei campi o nei cantieri edili. Il fenomeno, punito dal codice penale (art. 603-bis "Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro")³⁹, è tristemente venuto alla ribalta negli ultimi mesi. Tra luglio e agosto hanno perso la vita, nei campi pugliesi, calabresi e siciliani, ben 13 persone, costrette a lavorare sotto il sole cocente senza pausa, senza acqua, senza mangiare e con il compenso irrisorio di circa 30 Euro per 12 ore di lavoro.

Nel settore agricolo è diffusa la forma del lavoro nero in senso stretto⁴⁰.

Il settore dei servizi presenta, dopo l'agricoltura, i tassi più elevati di lavoro irregolare (la quota di irregolari sul totale delle unità di lavoro risulta pari al 16,1%). All'interno del settore si registra un valore particolarmente alto nel comparto delle attività di servizio alla persona (lavoro domestico e di cura). Il settore dei servizi domestici, in particolare, ha colmato la ridotta disponibilità di manodopera italiana, impiegando circa la metà della manodopera straniera non regolare. Riguardo al resto del terziario, la quota di irregolari è relativamente elevata nel comparto del commercio, trasporti e servizi di alloggio e ristorazione (con il 15,1%), mentre risulta inferiore al 10% negli altri campi⁴¹.

La tipologia prevalente di lavoro irregolare è quella di lavoro "grigio".

Altri settori maggiormente interessati dal fenomeno sono quello delle costruzioni (quota di irregolari pari al 13,5% sul totale delle unità di lavoro) e quello dell'industria in senso stretto (7,6%)⁴².

Il settore edile è tradizionalmente un polo d'attrazione per gli im-

³⁹ Tale articolo è stato introdotto dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla l. 14 settembre 2011, n. 148. Ai sensi dell'art. 603-bis c.p., «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità di lavoratori, è punito con la reclusione da 5 a 8 anni e con la multa da 1.000 a 2.000 Euro per ciascun lavatore reclutato (...)».

⁴⁰ I soggetti più esposti sono rumeni, albanesi, immigrati provenienti dall'Africa equatoriale e dal Nord Africa, ma anche indiani e pakistani. V. *Indagine conoscitiva della XI Commissione Lavoro della Camera dei Deputati su "Taluni fenomeni distortivi del mercato del lavoro: lavoro nero, caporalato e sfruttamento della manodopera straniera"*, 2010.

⁴¹ Dati diffusi dall'Istat nel corso del Convegno nazionale *Immigrazione e lavoro sommerso: azioni di prevenzione, contrasto e politiche attive*, 30 ottobre 2014, cit.

⁴² Dati Istat riferiti all'anno 2014.

migrati, in quanto nei cantieri si può lavorare a giornata o a cottimo. La presenza di lavoro sommerso nel settore è dovuta soprattutto alla frammentazione produttiva (che ha generato un frequente ricorso all'appalto all'insegna del massimo ribasso) e a un eccessivo utilizzo del subappalto. Il fenomeno è molto sviluppato in tutte le regioni italiane (i tassi di irregolarità sono leggermente più alti al Sud) e presenta problemi specifici. L'attività lavorativa svolta all'interno dei cantieri, infatti, pur essendo ad alto rischio, spesso non è tutelata adeguatamente e gli stranieri vengono sfruttati totalmente dai datori di lavoro: tra le principali forme di irregolarità vi è il costo ridotto della manodopera, il mancato versamento di contributi previdenziali e per l'assistenza sanitaria, il mancato rispetto delle precauzioni previste dalla normativa in tema di sicurezza sul lavoro. Inoltre, è facile trovarsi di fronte a fenomeni di utilizzo improprio del lavoro a tempo parziale, di sottoinquadramento e di non applicazione di regole contrattuali (ferie, straordinari, ecc.).

Il lavoro irregolare nel settore delle costruzioni assume prevalentemente la forma del lavoro "nero", ma è presente anche nella forma del lavoro "grigio".

Il settore industriale è quello che presenta il minor tasso di irregolarità (probabilmente perché più soggetto a controlli sia da parte degli organi competenti, sia da parte delle organizzazioni sindacali e di categoria). L'irregolarità che più si manifesta oggi in Italia è quella a specifica connotazione etnica. Piccoli imprenditori extracomunitari, soprattutto cinesi, stanno facendo emergere «una nuova tipologia di irregolarità nel lavoro nel settore manifatturiero con forme, ritmi e modalità di lavoro tipiche dei paesi in via di sviluppo, quasi a creare un processo di "delocalizzazione in loco" capace di soddisfare la committenza italiana, fatta da imprese capofila, grossisti e rivenditori, senza necessità che questa si sposti sui mercati emergenti»⁴³.

L'occupazione irregolare pone una serie di problemi in termini di integrazione. Per definizione, i lavoratori "in nero" sono esclusi dalla normativa sul lavoro, il che li rende particolarmente vulnerabili a condizioni di lavoro precarie. Inoltre, essi non hanno diritto ai programmi di perfezionamento professionale, né ad alcuna attività di formazione. I rapporti di lavoro non dichiarati, il caporalato e lo sfruttamento della manodopera straniera sono fenomeni molto complessi, in quanto influen-

⁴³ V. Indagine conoscitiva della XI Commissione Lavoro della Camera dei Deputati su "Taluni fenomeni distorsivi del mercato del lavoro: lavoro nero, caporalato e sfruttamento della manodopera straniera", cit., p. 7.

zati da un'ampia serie di fattori economici, sociali e culturali. Per essere affrontati efficacemente sono necessari precisi interventi normativi.

Qualcosa è già stato fatto. Il Governo italiano, nel solco tracciato dall'Unione Europea, ha messo in atto una serie di iniziative e di misure finalizzate a fronteggiare il "lavoro nero" e l'immigrazione clandestina. Negli ultimi anni, infatti, sono intervenuti una serie di provvedimenti normativi che hanno inciso sull'assetto normativo disciplinato dal Testo Unico sull'Immigrazione (d.lgs. n. 286 del 1998)⁴⁴. Tra le direttive europee che hanno introdotto nel sistema nazionale importanti elementi di novità occorre ricordare: la 2003/109/CE, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, modificata nel 2011⁴⁵; la 2004/114/CE, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato e la direttiva 2005/71/CE, relativa a una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica⁴⁶; la 2011/98/CE, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro (direttiva sul "permesso unico")⁴⁷; la 2014/36/UE, sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali⁴⁸.

⁴⁴ Per un'analisi approfondita rinvio a ISFOL, *Il lavoro sommerso e irregolare degli stranieri in Italia*, 2014.

⁴⁵ Tale direttiva ha istituito uno *status* uniforme per i cittadini di paesi terzi che siano residenti di lungo periodo. Essa armonizza inoltre le legislazioni dei paesi dell'Unione e garantisce un trattamento paritario su tutto il territorio europeo, indipendentemente dal paese dell'UE di residenza. Si applica ai cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio di un paese dell'UE. In Italia è stata data attuazione alla direttiva con il d.lgs. n. 3 del 2007.

⁴⁶ Le direttive hanno ricevuto attuazione in Italia rispettivamente dal d.lgs. n. 154 del 2007 e dal d.lgs. n. 17 del 2008.

⁴⁷ Tale direttiva definisce una procedura comune e semplificata per i cittadini di paesi terzi che presentano domanda di permesso di soggiorno e di lavoro in uno Stato membro, al fine di semplificare le procedure di ingresso e di agevolare il controllo del loro *status*. Prevede inoltre un insieme comune di diritti da concedere agli immigrati regolari, a prescindere dalle finalità dell'ingresso iniziale nel territorio dello Stato membro in questione, sulla base della parità di trattamento rispetto ai cittadini di quello Stato membro. In Italia la direttiva è stata attuata tramite il d.lgs. n. 40 del 2014.

⁴⁸ La direttiva prevede che i lavoratori migranti che occupano posti di lavoro stagionale possano soggiornare legalmente e temporaneamente nell'U.E. per un periodo massimo compreso fra cinque e nove mesi (a seconda dello Stato membro) per esercitarvi un'at-

Ma non basta. L'immigrazione, per ragioni demografiche ed occupazionali, è destinata ad assumere in Italia (ma non solo) un peso crescente: è necessario riuscire a liberarla dalle pieghe del sommerso⁴⁹. I dati ci dicono che l'Europa continuerà a fungere da magnete e si prevede che i flussi possano raddoppiare nei prossimi 35 anni con o senza un sistema legale e funzionale di accoglienza⁵⁰.

E' necessario pertanto cambiare le politiche di immigrazione, ponendo al centro degli interventi azioni mirate a contrastare i fenomeni illegali e a rafforzare le politiche attive del lavoro.

Se da un lato le azioni devono essere dirette a rendere sostenibile la permanenza delle persone già regolarmente soggiornanti e a favorire il reinserimento nel mercato del lavoro degli immigrati disoccupati⁵¹, dall'altro, l'Italia è chiamata a consolidare la cooperazione transnazionale per la gestione delle politiche di immigrazione, a creare un ambito giuridico e amministrativo favorevole alla emersione del lavoro irregolare, a rafforzare la vigilanza, ad aumentare la consapevolezza sociale della gravità del fenomeno.

tività soggetta al ritmo delle stagioni, conservando nel contempo la propria residenza principale in un paese terzo. Per quanto concerne l'Italia, la direttiva figura nell'allegato B della legge di delegazione europea 2014 (approvata in Senato il 15 maggio 2015 e trasmessa alla Camera dei Deputati il 18 maggio).

⁴⁹ F. PITTAU, *Immigrazione, mercato occupazionale e lavoro nero*, in *Affari sociali internazionali*, a cura di F. PITTAU-O. FORTI, n. 1/2003, p. 165.

⁵⁰ Così S. SALIERA, VicePresidente Commissione CIVEX - Comitato delle Regioni, nella relazione tenuta nell'ambito del Gruppo di Lavoro "Immigrazione, Politiche Sociali e Diritti Umani", cit.

⁵¹ Le indagini presentate da Italia Lavoro, Isfol e Inps nel 2014 hanno evidenziato le profonde trasformazioni delle caratteristiche del lavoro irregolare degli immigrati che, diversamente rispetto al passato, coinvolge prevalentemente persone regolarmente soggiornanti in Italia e cittadini neocomunitari che accedono liberamente al nostro mercato del lavoro.

L'evoluzione della disciplina del lavoro accessorio

SOMMARIO: 1. Nozione e qualificazione giuridica del lavoro accessorio. - 2. La «riscrittura» dell'istituto e le attività oggetto del lavoro accessorio. - 3. Il lavoro accessorio nella Riforma Fornero: il primo significativo cambio di rotta. - 4. Il lavoro accessorio ed il Jobs Act: nozione e qualificazione giuridica del lavoro occasionale accessorio. - 5. La disciplina positiva del lavoro accessorio e la procedura di attivazione. - 6. Regime sanzionatorio e controlli. - 7. Considerazioni conclusive

1. Nozione e qualificazione giuridica del lavoro accessorio

Il Decreto Legislativo del 10 Settembre 2003 n. 276, teso all'attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla Legge 14 Febbraio 2003 n. 30, introduce nell'assetto giuslavoristico italiano, mediante il Titolo VII, intitolato «Tipologie contrattuali a progetto e occasionali», al Capo II, le «Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti» ovvero il lavoro occasionale accessorio (di seguito lavoro accessorio). Il nuovo istituto, mutuato dall'esperienza belga, rappresenta «una novità assoluta tanto da venire assunto come un vero e proprio “esperimento” giuridico, da testare con cautela e prudenza nel tempo»¹. La storia dell'istituto, sin dalla sua introduzione, è stata piuttosto tormentata² come testimoniano il disorientamento e l'incertezza riscontrabili sia a livello interpretativo³ che a livello dei meccanismi applicativi della normativa.

La *ratio legis* sottesa all'introduzione di tale istituto nell'ordinamento giuslavoristico italiano è duplice. L'intera normativa in esame, infat-

¹ G. E. DE FILIPPIS, *Il lavoro accessorio come strumento di emersione del lavoro sommerso*, in “Lavoro@confronto”, 2013, n. 1, p. 6.

² Introdotto e regolato per la prima volta nel 2003, corretto già nel 2004 e successivamente, ancora, per due volte, nel 2005, ha subito importanti ulteriori modifiche nel 2008, 2009 e, infine nel 2015. Soltanto negli ultimi anni si è registrata la sua diffusione ed incentivazione.

³ L'aggettivo “accessorio” starebbe ad indicare, in generale, un elemento ulteriore, secondario, supplementare, anche non necessario, in relazione ad un elemento principale. Riferito all'istituto in esame, il termine “accessorio” può risultare non adeguato perché, di fatto, il lavoro accessorio non accede a nulla.

ti, rientra nel più ampio e lungimirante progetto di promuovere nel lungo periodo un innalzamento del tasso di occupazione regolare e di partecipazione al mercato del lavoro⁴, prestando una particolare attenzione ai soggetti aventi difficoltà ad accedervi o permanervi, attraverso la semplificazione della gestione dei profili previdenziali e tributari dei rapporti di lavoro e la rideterminazione dei relativi oneri, contrastando, al contempo, il fenomeno del lavoro non dichiarato o «in nero» o «lavoro sommerso».

Tali funzioni sarebbero garantite dal lavoro accessorio che assicura al prestatore di lavoro livelli minimi di tutela e semplifica la gestione del rapporto di lavoro avente ad oggetto prestazioni occasionali, contribuendo così, indirettamente, alla sua riemersione⁵; traghettando nell'alveo della legalità tutte quelle prestazioni di lavoro che, a causa della propria durata, del proprio oggetto e di peculiari modalità di svolgimento, erano rimaste, fino a quel momento, prive di alcuna regolazione giuridica⁶, in quanto, nessu-

⁴ M. LAMBERTI, *Il lavoro occasionale accessorio*, in "Il nuovo mercato del lavoro dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013", a cura di M. CINELLI M., G. FERRARO, O. MAZZOTTA, Torino, Giappichelli, 2013, p. 177.

⁵ F. BACCHINI, *Lavoro intermittente, ripartito e accessorio. Subordinazione e nuove flessibilità*, Milano, 2009, p. 386.

⁶ Fino al d.lgs. n. 276/2003, l'unica disciplina positiva sulle attività occasionali era quella fiscale, il compenso del "collaboratore" era infatti assoggettato esclusivamente alla ritenuta di acconto IRPEF del 20% da parte del sostituto d'imposta, a fronte dell'emissione di una regolare notula. Nulla si registrava sul versante previdenziale. Successivamente, e segnatamente a partire dal 1° gennaio 2004, i soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale il cui reddito annuo non superasse i cinquemila euro furono tenuti all'iscrizione alla quarta gestione separata INPS. È proprio in questo quadro normativo che va ad inserirsi la disciplina del lavoro accessorio ed è proprio in quest'ottica che può riscontrarsi una sua possibile chiave di lettura. In relazione alla costante inosservanza dell'obbligo fiscale suddetto e la pratica difficoltà di effettuare ispezioni ed accertamenti tributari adeguati, viene alla luce un sistema preventivo di una ipotetica infrazione tributaria, a prescindere dal fatto che il comportamento concreto costituisca una forma di irregolarità; i buoni, caratterizzanti il lavoro accessorio, infatti, comprendono sia il compenso sia i contributi. Grazie alla disciplina relativa al lavoro accessorio si assiste alla genesi di un regime tributario agevolato in materia in cui: i lavoratori, ai sensi dell'articolo 72, comma 2, godono dell'esenzione da qualsiasi imposizione fiscale del compenso percepito dal prestatore ma sopportano gli oneri previdenziali insiti nell'ammontare complessivo di ogni buono (attraverso la contribuzione all'assicurazione obbligatoria INPS e INAIL); gli oneri si trasferiscono dal prelievo fiscale al prelievo contributivo; si crea una sorta di contribuzione operante su base volontaria: è, infatti, una contribuzione senz'altro "dovuta" ma solo se viene scelto l'utilizzo dei buoni come modalità di pagamento. Scelto questo schema contrattuale *sui generis* le parti automaticamente sono tenute a rispettarne tutti i limiti ed i vincoli intrinseci. Si realizza così un ulteriore tassello del progetto di "universalizzazione" del sistema di sicurezza sociale, che dovrebbe portare ad una tutela obbligatoria generalizzata e dif-

na delle tipologie contrattuali sembrava soddisfare le parti⁷; favorendo l'ingresso e la permanenza di alcune fasce di lavoratori considerati marginali e quindi "a rischio di esclusione sociale"⁸.

Queste finalità sono mutate dal «Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità»⁹, nel capitolo dedicato al lavoro irregolare, vero e proprio "embrione" normativo del D. Lgs. n. 276/2003. Nelle pagine del *Libro bianco* si legge, infatti, che l'oggetto di politiche legislative di riemersione è costituito da attività come «assistenza familiare e domestica, aiuto alle persone ammalate o con handicap, sorveglianza dei bambini, insegnamento supplementare, piccoli lavori di giardinaggio, collaborazione a manifestazioni sociali, caritatevoli, sportive, culturali, svolte a beneficio di famiglie, società senza scopo di lucro ed enti pubblici da soggetti quali disoccupati di lunga durata, casalinghe, studenti, pensionati» a ciò si aggiunge, inoltre, che «il fulcro dell'esperimento è costituito dall'utilizzazione di buoni in alternativa ai pagamenti diretti, per semplificare il processo e, nel contempo, certificare le prestazioni». Soluzioni, queste, quasi interamente riprese dalla legge delega n. 30 del 2003, «*Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro*», art. 4, comma 1, lettera d), nella quale si prospetta l'ammissibilità di prestazioni di lavoro accessorio «in generale e con particolare riferimento a opportunità di assistenza sociale, rese a favore di famiglie e di enti senza fini di lucro, da disoccupati di lungo periodo, altri soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero, in procinto di uscirne, regolarizzabili attraverso la tecnica dei buoni corrispondenti a un certo ammontare di attività lavorativa, ricorrendo ad adeguati meccanismi di certificazione».

Tali esigenze non sono però le uniche ad essere soddisfatte dall'isti-

fusa di tutti i produttori di redditi da lavoro. Risulta chiaro, dunque, che una contribuzione previdenziale, sia pur minima, per i lavoratori accessori, nel lungo periodo, può garantire loro una tutela previdenziale o più elevati livelli di tutela previdenziale, in concomitanza con altri strumenti appositamente predisposti dal legislatore a riguardo.

⁷ M. TIRABOSCHI, *Lavoro accessorio: un ulteriore tassello per la messa a regime*, Guida al Lavoro, 2006, n. 3.

⁸ P. RAUSEI, *Amministrazione del personale*, n. 1/2011, IPSOA, Milano, p. 100.

⁹ Il *Libro bianco*, pubblicato a Roma nel 2001 e redatto da un gruppo di lavoro coordinato da Maurizio Sacconi e Marco Biagi, risponde, mediante una serie proposte di riforma del mercato del lavoro italiano, alle costanti raccomandazioni provenienti dall'UE nell'ambito della Strategia Europea per l'Occupazione. Le soluzioni, quelle presenti nel *Libro Bianco* saranno successivamente "normativizzate" nella comunemente conosciuta "Legge Biagi", D. Lgs. n. 276/2003.

tuto oggetto della presente trattazione, il lavoro accessorio concorre, infatti, a soddisfare un'ulteriore e non secondaria esigenza: il finanziamento del nostro sistema previdenziale mediante un incremento della contribuzione previdenziale¹⁰. Parte della dottrina ha ritenuto poi che il contenuto precettivo degli articoli 70-73 del D. Lgs. n. 276/2003 fosse di carattere prevalentemente previdenziale e che quindi il lavoro accessorio, nella sua formulazione originaria, fosse stato ideato al fine di garantire agli enti previdenziali entrate economiche altrimenti non dovute o che comunque fosse funzionale al tentativo di recuperare della disponibilità di cassa attraverso piccoli «rivoli contributivi»¹¹.

Vero tratto distintivo del lavoro accessorio è, nella sua formulazione originaria, l'ambito residuale di applicazione all'interno del mercato del lavoro.

Il campo di applicazione dell'istituto introdotto dal D. Lgs. 276/2003 è piuttosto restrittivo sia per quanto attiene alla sfera oggettiva che per quella soggettiva. Sotto il profilo oggettivo, l'art. 70 del D. Lgs. 276/2003 dispone che sono riconducibili al lavoro accessorio tutte le «attività lavorative di natura meramente occasionale rese da soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne, nell'ambito: a) dei piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresa la assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con *handicap*; b) dell'insegnamento privato supplementare; c) dei piccoli lavori di giardinaggio, nonché di pulizia e manutenzione di edifici e monumenti; d) della realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli; e) della collaborazione con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza, come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi, o di solidarietà»¹².

L'articolo 70, comma 2, dispone, inoltre, che «le attività lavorative di cui al comma 1, anche se svolte a favore di più beneficiari, configurano rapporti di natura meramente occasionale e accessoria, intendendosi per tali le attività che coinvolgono il lavoratore per una durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare¹³ e che,

¹⁰ P. BELLOCCHI, in *"Il lavoro occasionale di tipo accessorio tra politiche previdenziali e riforma dei lavori"*, tratto da *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, a cura di P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE, Commentario al D.lgs. n. 276/2003 coordinato da F. CARINCI, Milano, 2004, p. 23.

¹¹ *Ibidem*.

¹² D. Lgs 276/2003 art. 70, c. 1.

¹³ Il limite temporale indicato nella disciplina originaria del articolo 70, comma 2, «at-

in ogni caso, in questo arco temporale, non danno complessivamente luogo a compensi superiori a tremila euro».

Si rileva così una duplice soglia, temporale e retributiva, un doppio criterio quantitativo, in senso concorrente e non alternativo.

Il campo di applicazione soggettivo è invece definito dall'art. 71 che individua i prestatori di lavoro accessorio in specifici soggetti, quali: «a) disoccupati da oltre un anno; b) casalinghe, studenti e pensionati; c) disabili e soggetti in comunità di recupero; d) lavoratori extracomunitari, regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita di lavoro».

Il riferimento dettagliato ai potenziali prestatori di lavoro dell'articolo 71 fa da contraltare all'individuazione generale contenuta nell'articolo 70, comma 1, in cui si fa riferimento unicamente ai «soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne». Norme antitetiche nella formulazione che, però, si completano reciprocamente, potendo costituire l'articolo 70 il supporto di un'interpretazione estensiva o restrittiva delle disposizioni dell'articolo 71 ai fini dell'individuazione dei soggetti potenzialmente idonei all'attività compensata mediante i *voucher*.

L'attivazione del rapporto occasionale di lavoro si realizza mediante il ricorso a due procedure aventi analoga efficacia: quella che prevede l'acquisto e il pagamento del corrispettivo mediante buoni cartacei, e quella che, invece, prevede l'uso di buoni telematici¹⁴.

La procedura relativa ai *voucher* cartacei prevede che il committente debba, sulla base del proprio fabbisogno, inoltrare la richiesta di prenotazione dei *voucher* cartacei, compilando ed inviando via fax il modulo predisposto dall'Inps, presso le sedi regionali dello stesso Istituto, indicando, inoltre, la sede provinciale Inps prescelta per il ritiro e versare l'importo dovuto. Successivamente all'acquisto dei buoni e, in ogni caso, prima dell'inizio di qualsiasi prestazione, il committente è tenuto a ef-

tività che coinvolgono il lavoratore per una durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare», ha rappresentato da subito il limite più incisivo alla diffusione del lavoro accessorio. Sarebbe stata proprio la soglia temporale a prevalere sulla soglia reddituale, paralizzando, di fatto, il ricorso efficace all'istituto. Ai fini dell'individuazione del periodo di riferimento, alla definizione di "anno solare" fornita dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale nella circolare C/2001, prot. n. 5/25442/70/O del 7 febbraio 2001, in cui si legge che "l'espressione anno solare non può che identificare il periodo mobile intercorrente fra un qualsiasi giorno dell'anno e il corrispondente giorno dell'anno successivo", si preferisce la nozione di "anno solare" fornita dalla circolare INPS n. 103 del 6 luglio 2004 quale periodo che va dal 1° gennaio al 31 dicembre.

¹⁴ F. BACCHINI, *op. cit.*, p. 399.

fettuare una comunicazione preventiva alla DTL. Conclusasi la prestazione, il lavoratore riceverà come retribuzione un numero di buoni del valore corrispondente all'importo della prestazione concordato fra le parti, previamente intestati, recanti negli appositi spazi: il codice fiscale del committente; il codice fiscale del lavoratore destinatario; la data della relativa prestazione; la firma del lavoratore.

Il lavoratore – in seguito alla convalida – potrà riscuotere il corrispettivo netto presentando gli stessi presso qualsiasi ufficio postale del territorio nazionale, esibendo un valido documento di riconoscimento.

L'iter si conclude con l'accredito dei contributi sulle posizioni assicurative individuali dei lavoratori.

L'Inps, infine, provvede al versamento all'Inail delle quote di contributo destinato all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

La procedura per i *voucher* telematici appare invece più adatta per tutte quelle attività che, pur essendo occasionali, si ripetono nel tempo, si pensi per esempio alle attività svolte nell'ambito del settore commercio, turismo e servizi¹⁵.

A differenza della procedura per i *voucher* cartacei, quella per i *voucher* telematici necessita, prima di potere essere messa in atto, tuttavia, del preventivo accreditamento¹⁶ sia del lavoratore che del committente sul sistema informatico Inps¹⁷. Il lavoratore potrà riscuotere i buoni consegnatigli dal committente recandosi dai concessionari del servizio (Poste Italiane Spa e banche abilitate). La riscossione dei *voucher* è possibile entro un anno dal giorno dell'emissione. Riguardo al rimborso dei buoni inutilizzati, il datore di lavoro dovrà consegnarli alla Sede provinciale Inps, che rilascerà ricevuta e disporrà un bonifico per il loro controvalore al netto del 5% a favore del concessionario.

In maniera analoga a quanto avviene per i *voucher* cartacei, anche per quelli telematici, il committente, dopo aver individuato i lavoratori disponibili a svolgere attività di lavoro accessorio e, comunque, prima di dare concretamente inizio all'attività lavorativa, richiede all'Inps i buoni lavoro. Tale richiesta dovrà contenere¹⁸: l'anagrafica di ogni prestatore

¹⁵ M. LAMBERTI, *op. cit.*, p. 191.

¹⁶ L. VALENTE, *Lavoro accessorio nelle recenti riforme e lavoro subordinato a requisiti ridotti*, in "Rivista giuridica del lavoro", n. 4, 2009, p. 597.

¹⁷ V. LIPPOLIS, G. ANASTASIO, *Vademecum Lavoro Accessorio*, in "La Circolare di lavoro e Previdenza" n. 36/2009, Centro Studi Lavoro e Previdenza, p. 15.

¹⁸ *Ibidem*.

re ed il relativo codice fiscale; la data di inizio e di fine presunta dell'attività lavorativa; il luogo in cui avrà luogo la prestazione; il numero di buoni presunti per ciascun lavoratore.

Attraverso la comunicazione dei dati contenuti nella richiesta dei buoni il committente assolve altresì agli obblighi di comunicazione preventiva all'Inail (cui l'Inps inoltrerà tempestivamente l'informazione circa la data di inizio dell'attività lavorativa) e all'intestazione provvisoria dei buoni lavoro.

Conclusasi la prestazione lavorativa, il datore di lavoro sarà tenuto ad inoltrare comunicazione all'Istituto circa l'entità della prestazione svolta e, quindi, l'effettivo utilizzo dei buoni lavoro in relazione a ciascun lavoratore impiegato.

Ricevuta la suddetta rendicontazione, l'Inps provvederà alla notifica dell'operazione (al lavoratore, a mezzo e-mail e/o sms ovvero per posta, comunicando i dati di sintesi; al datore di lavoro o alla sua associazione di categoria mediante un rendiconto, inviato per posta ordinaria o via e-mail, nel caso in cui la rendicontazione sia stata effettuata tramite *Contact Center*, oppure risultante dalla ricevuta di presentazione, nel caso in cui la rendicontazione sia stata effettuata via internet o presso le sedi) e all'erogazione di quanto dovuto al lavoratore, accreditando i contributi maturati sulle posizioni assicurative individuali di ciascun lavoratore e, infine, allo storno a favore dell'Inail del contributo del 7% destinato all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali¹⁹.

Il lavoratore potrà riscuotere i buoni consegnatigli dal committente recandosi ai concessionari del servizio (Poste Italiane Spa e banche abilitate). La riscossione dei *voucher* è possibile entro un anno dal giorno dell'emissione. Riguardo al rimborso dei buoni inutilizzati, anche in questo caso, il datore di lavoro dovrà consegnarli alla Sede provinciale Inps, che rilascerà ricevuta e disporrà un bonifico per il loro controvalore al netto del 5% a favore del concessionario.

Il rimborso dei *voucher* sarà consentito anche: per l'acquisto di *voucher* cartacei, anche nel caso in cui il committente abbia effettuato il versamento, senza provvedere al ritiro dei buoni lavoro; per l'acquisto dei *voucher* tramite procedura telematica, senza utilizzare - o utilizzando solo in parte - l'importo versato.

¹⁹ A. GUGLIELMO, V. LIPPOLIS, *Lavoro occasionale di tipo accessorio*, in "Diritto e Pratica del Lavoro", n. 8, 2012, p. 29.

2. La «riscrittura» dell'istituto e le attività oggetto del lavoro accessorio

L'istituto del lavoro accessorio è rimasto per lungo tempo «in soffitta», privo di una concreta applicazione. Tuttavia con la legge di conversione n. 80/2005 del D. L. n. 35/2005, volta a modificare l'istituto così come formulato dal D. Lgs. 276/2003, si registrerà un importante impulso alla sua concreta applicazione.

Fra le modifiche degne di nota introdotte dalla L. n. 80 si segnala l'art. 1-bis a modifica ed integrazione degli artt. 70 e 72 del D. Lgs. n. 276/2003 e, segnatamente, la lettera e) dell'art. 70, il cui comma 2 è sostituito dai seguenti: «Le attività lavorative di cui al comma 1, anche se svolte a favore di più beneficiari, configurano rapporti di natura meramente occasionale e accessoria, intendendosi per tali le attività che non danno complessivamente luogo, con riferimento al medesimo committente, a compensi superiori a 5.000 euro nel corso di un anno solare; 2-bis. Le imprese familiari possono utilizzare prestazioni di lavoro accessorio per un importo complessivo non superiore, nel corso di ciascun anno fiscale, a 10.000 euro».

Modifiche, queste, che vanno a sommarsi a quelle introdotte con il D. Lgs. n. 251/2004²⁰ tese a modificare compenso e modalità di svolgimento del lavoro accessorio. Il novellato comma 2 dell'art. 70, infatti, dopo aver ribadito che le prestazioni possono svolgersi in favore di più beneficiari, afferma che il parametro economico cui occorre far riferimento è rappresentato esclusivamente dal limite dei 5.000 euro nel corso dell'anno solare, in riferimento - ed è questa la vera novità rispetto al testo originario - al medesimo committente, ed elimina il limite temporale dei 30 giorni complessivi, sempre nell'arco dell'anno solare²¹. Eliminazione questa di non secondaria importanza se si tiene conto del fatto che con essa potrebbe venir meno la caratteristica dell'occasionalità, dal momento che il medesimo prestatore di lavoro accessorio potrebbe trovarsi nella condizione di lavorare per più committenti durante l'anno solare, giungendo, attraverso il computo dei vari compensi, ad un reddito ben più consistente di quello previsto dalla disciplina originaria²².

Viene riaffermato il carattere propedeutico dell'acquisto, da parte

²⁰ E. MASSI, *Le nuove prestazioni di lavoro accessorio*, Modena, 6 giugno 2005, dal sito www.dplmodena.it

²¹ Insieme al parametro temporale viene meno il dibattito dottrinario relativo alla modalità di calcolo delle 30 giornate.

²² P. GIORGIUTTI, *Lavoro accessorio: nuova disciplina*, in "Diritto & Pratica del Lavoro", n. 37, 2012, p. 2314.

dei beneficiari, di *carnet* di buoni presso le rivendite autorizzate, il cui valore nominale viene determinato sulla media delle retribuzioni rilevate per prestazioni lavorative affini e dal costo di gestione del servizio²³, viene stabilito con il D. L.gs. n. 251/2004 e il D. M. 30 settembre 2005 fissato a 10 euro. Il concessionario del servizio è autorizzato a trattenere il 5% del valore nominale come rimborso spese, e preposto allo svolgimento non di una mera funzione passiva – una sorta di ufficio di cambio – bensì attiva, divenendo il garante dell'avvenuto versamento contributivo ed assicurativo nei confronti degli Istituti previdenziali, i cui estremi, probabilmente, andranno riportati sulla tessera magnetica dei lavoratori.

La Legge 2 dicembre del 2005 n. 248 costituisce un prezioso passo in avanti ai fini della prima significativa applicazione del lavoro accessorio con la vendemmia del 2008²⁴.

Il Decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 12 marzo 2008, avvia, infatti, la sperimentazione del lavoro accessorio con esclusivo riferimento alle vendemmie di breve durata e a carattere saltuario. Scopo della sperimentazione del sistema dei *voucher* in questo particolare settore, oltre a quello di offrire nuove opportunità di reddito a categorie particolarmente deboli come studenti e pensionati, senza che venga a realizzarsi per questo una destrutturazione del mercato del lavoro agricolo, è quello di garantire tutele assicurative e previdenziali a tutti quei lavoratori occasionali, che proprio nella vendemmia, trovavano un'opportunità per integrare il proprio reddito, realizzando, al contempo, una semplificazione degli adempimenti burocratici a carico delle imprese agricole²⁵, che avrebbe, secondo gli auspici del Legislatore, facilitato la lotta al lavoro illegale.

In tale fase la retribuzione è erogata attraverso buoni il cui valore nominale è calcolato sulla media delle retribuzioni rilevate per le attività svolte nel settore agricolo²⁶, il concessionario dei buoni è individuato nell'Inps ed è autorizzato in fase di pagamento a trattenere il 5% del valore a titolo di rimborso spese.

A seguito del grande successo della sperimentazione, terminata il 31 dicembre 2008, il Legislatore, con il D. L. n. 112/2008, ha esteso la possibilità di ricorrere al lavoro accessorio anche ad altre attività inerenti al settore agricolo, quali: ogni attività agricola stagionale ed in favore di im-

²³ L. VALENTE, *op. cit.*, p. 601.

²⁴ P. GIORGIUTTI, *op. cit.*, p. 2314.

²⁵ L. VALENTE, *op. cit.*, p. 589.

²⁶ M. LAMBERTI, *op. cit.*, p. 181.

prese di qualsiasi dimensione, *sub conditione* che la prestazione fosse resa da giovani con meno di 25 anni di età regolarmente iscritti ad un ciclo di studi presso l'università o istituto scolastico di ogni ordine e grado, ovvero da pensionati e casalinghe; ad ogni attività agricola stagionale, svolta da qualsiasi soggetto, purché in favore delle imprese di cui all'art. 34, comma 6, D.P.R. n. 633/1972.

Una spinta incisiva all'applicazione del lavoro accessorio si realizza con le riforme del 2008 e del 2010, mediante le quali si assiste ad una vera e propria riscrittura dell'originaria disciplina in materia. Con esse infatti il legislatore liberalizza²⁷ tale istituto giuridico semplificandone l'utilizzazione e agevolandone l'applicabilità grazie, soprattutto, all'apporto dell'Inps e, segnatamente, all'emanazione da parte di tale istituto di una serie di Circolari - n. 81/2008, n. 94/2008 e n. 104/2008 - che assurgono al rango di fonte suppletiva nella disciplina della materia. A seguito della riforma, il legislatore attribuisce al lavoro accessorio nuove funzioni, fra queste, in *primis*, quella di contribuire in maniera significativa al superamento della fase di emergenza occupazionale conseguente alla crisi economica²⁸.

Le modifiche introdotte dalla riforma erodono notevolmente i limiti della disciplina originaria in relazione ai committenti ed ai beneficiari, estendendo l'applicabilità dell'istituto a tutte le tipologie di datori di lavoro, di imprese e a una folta platea di lavoratori nell'ambito delle attività più disparate e da intendersi come tutt'altro che accessorie²⁹. Dal comma 1 dell'art. 70 si assiste, infatti, alla soppressione dell'avverbio «meramente» e alla mutazione dell'aggettivo «occasionale» che non è più da

²⁷ E. MONTEMARANO, *Formulario del lavoro*, Gruppo 24 ore, 2012, p. 169.

«A seguito dell'abrogazione dell'art. 71, le prestazioni occasionali di tipo accessorio possono essere rese da: tutti coloro che ne abbiano interesse per le attività indicate nell'art. 70, comma 1, lett. a), b), c), d), e), f), g), h); pensionati titolari di trattamento pensionistico in regime obbligatorio; giovani; casalinghe; disoccupati e cassaintegrati nelle attività di seguito indicate.

Costoro, in un'ottica di sostanziale *deregulation* che incide sui meccanismi di incontro tra domanda e offerta di lavoro, privi ormai di qualsiasi controllo *ex ante* diversamente da quanto stabilito prima della riforma del 2008, non devono più comunicare la loro disponibilità ai servizi per l'impiego delle Province, nell'ambito territoriale di riferimento, o ai soggetti pubblici e privati accreditati (art. 7, D.Lgs. n. 276/2003). Di conseguenza, ai lavoratori non verrà più rilasciata la tessera magnetica dalla quale risulti la loro condizione o status». L. VALENTE, *op. cit.*, p. 88.

²⁸ M. BIAGI, continuato da M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 207.

²⁹ Questi possono essere famiglie, privati, aziende di ogni tipo, imprese familiari, imprenditori agricoli, enti senza fini di lucro, enti pubblici.

intendersi come sinonimo di attività resa senza vincolo di subordinazione³⁰ e che non funge più da garanzia di una presunzione assoluta di autonomia, potendosi avere, come è noto, rapporti di lavoro subordinato anche per periodi brevissimi (ad esempio, in settori del commercio o in agricoltura).

Prodromica alla fase di forte espansione cui si accennava, è la riforma che si realizza per mezzo delle disposizioni contenute nell'art. 22 del D.L.n. 112 del 25 giugno del 2008, intitolato «Modifiche alla disciplina dei contratti occasionali di tipo accessorio» e della sua Legge di conversione, la n. 133 del 06 agosto del 2008, che sostituisce il comma 1 dell'art. 70 e modifica sia l'ambito soggettivo che quello oggettivo del lavoro accessorio nel senso di un notevole ampliamento degli stessi. Il novellato art. 70 stabilisce infatti che «Per prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative di natura occasionale rese nell'ambito: a) di lavori domestici; b) di lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici, strade, parchi e monumenti; c) dell'insegnamento privato supplementare; d) di manifestazioni sportive, culturali o caritatevoli o di lavori di emergenza o di solidarietà; e) dei periodi di vacanza da parte di giovani con meno di 25 anni di età, regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso l'università o un istituto scolastico di ogni ordine e grado; f) di attività agricole di carattere stagionale effettuate da pensionati e da giovani di cui alla lettera e) ovvero delle attività agricole svolte a favore dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 6, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633; g) dell'impresa familiare di cui all'articolo 230-bis del codice civile, limitatamente al commercio, al turismo e ai servizi; h) della consegna porta a porta e della vendita ambulante di stampa quotidiana e periodica».

A seguito di tale modifica l'istituto non sarà più rivolto, come previsto *ab origine* (ex art. 71, D. Lgs n. 276/03, abrogato dall'art. 22 del D. L. n. 112/08, convertito in Legge n. 133/08), solo ai soggetti a rischio di esclusione sociale o non ancora entrati nel mondo del lavoro (giovani/studenti) o in procinto di uscirne (pensionati), bensì a tutte le attività lavorative di natura occasionale i cui compensi, nel corso di un anno solare, per ogni singolo committente siano inferiori a 5.000 euro (o a 10.000 euro per le imprese familiari per anno fiscale).

L'ampliamento del campo di applicazione del lavoro accessorio si realizza ulteriormente per mezzo della circolare INPS n. 104/2008 avente ad oggetto l'art. 22 del D. L. 112/2008, convertito con legge 6 ago-

³⁰ F. BACCHINI, *op. cit.*, p. 386.

sto 2008 n. 133, la quale, oltre a definire in maniera specifica le modalità di acquisto e di riscossione dei *voucher* e a fornire le indicazioni circa la piena operatività al sistema di regolazione del lavoro occasionale di tipo accessorio, anche nei settori del commercio, del turismo e dei servizi, tiene a sottolineare come le attività di lavoro occasionale non diano titolo a prestazioni di malattia, maternità, di disoccupazione, né ad assegni per il nucleo familiare, a testimonianza del carattere marginale delle stesse.

La Legge 9 aprile 2009 n. 33 amplia ulteriormente la portata oggettiva e soggettiva delle prestazioni e completa un processo di liberalizzazione della fattispecie la cui *ratio* muta rispetto a quella originaria e pare essere sempre maggiormente orientata ad assolvere una funzione promozionale, vale a dire utile a realizzare un incremento del tasso di occupazione mediante una fattispecie contrattuale più «a buon mercato»³¹. La legge n. 33/2009 modifica l'art. 70 del D. Lgs. n. 276/2003 ed amplia l'ambito di applicazione della fattispecie del lavoro accessorio, inserendo nuove attività e nuovi committenti. Nonostante il mutamento della *ratio* però resta immutato il carattere dell'accessorietà, il quale comporta che le attività disciplinate dall'articolo 70 del D.Lgs n. 276/03 debbano essere svolte direttamente a favore dell'utilizzatore della prestazione, senza il tramite di intermediari. Il ricorso al lavoro accessorio permane limitato al rapporto diretto committente-prestatore ed è escluso che un'impresa possa reclutare e retribuire lavoratori per svolgere prestazioni a favore di terzi (si pensi all'appalto o alla somministrazione).

Sebbene tali riforme abbiano certamente prodotto un incremento occupazionale, garantito dall'elevato tasso di flessibilità sia in entrata che in uscita³² realizzato con la riforma, dall'altro, hanno esposto il lavoro accessorio al forte rischio di rappresentare un grimaldello atto alla destrutturazione del mercato del lavoro (*dumping contrattuale*), dal momento che il ricorso al lavoro accessorio recava con sé la potenziale riduzione delle tutele per tutti quei lavoratori che svolgevano o avevano svolto le attività comprese nel campo di applicazione di tale istituto mediante altre tipologie contrattuali (contratto a termine, part-time verticale, lavoro intermittente, apprendistato, contratto di inserimento), realizzando così un uso fraudolento del lavoro accessorio³³.

L'ampliamento del campo di applicazione dell'istituto del lavoro ac-

³¹ L. VALENTE, *op. cit.*, p. 590.

³² Ivi, p. 586.

³³ Ivi, p. 591.

cessorio raggiunge il suo apice solo con la Legge 23 dicembre 2009 n. 191, la quale, in via sperimentale per l'anno 2010, statuisce che debbano intendersi attività lavorative di natura occasionale rese nell'ambito di qualsiasi settore produttivo anche tutte quelle attività rese in un arco temporale ridotto rispetto a quello normale (part-time verticali, orizzontali e misti).

La *ratio* di questo ulteriore ampliamento è da ricercarsi nella volontà del Legislatore di far emergere forme di lavoro sommerso particolarmente presenti in peculiari settori (ad es. i pubblici esercizi durante il fine settimana), costituendo, al contempo, un valido incentivo per i lavoratori che percepiranno i compensi esenti da imposizione fiscale. In merito a questo ulteriore intervento del legislatore in materia occorre rilevare che esso è a carattere sperimentale; non presenta limiti di età o settore produttivo³⁴; le prestazioni occasionali e accessorie non possono essere effettuate presso lo stesso datore di lavoro con il quale si intrattiene il rapporto a tempo parziale, a differenza dei titolari di un contratto a orario ridotto, i quali possono prestare lavoro occasionale e accessorio in tutti i settori produttivi³⁵, coloro che lavorano a tempo pieno, infatti, possono prestare lavoro accessorio soltanto nei settori e nelle attività indicati dall'art. 70 del D. Lgs. 276/03.

In questo quadro è possibile affermare che il succedersi di riforme del 2008-2011³⁶ hanno fatto sì che l'istituto giuridico affiancasse alla funzione di strumento utile a conferire una veste di legalità ad attività che rimanevano nel limbo dell'economia sommersa, quella di «ammortizzatore sociale» atto a consentire ai soggetti «a rischio di esclusione socia-

³⁴ Si pensi ad esempio che la novellata normativa consente alle imprese familiari di ricorrere al sistema dei *voucher* non più solo per le attività comprese nel settore commercio, turismo e servizi ma in qualsiasi altro ambito. Ciò trova conferma nella Circolare Inps del 3 Febbraio 2010, n. 17, nella quale viene sancita la possibilità per l'impresa familiare di ricorrere all'utilizzo del lavoro occasionale per tutti i settori produttivi, precisando che nel caso in cui l'impresa familiare utilizzi prestatori nell'ambito delle proprie specifiche attività (art. 70, c.1, lett. g) potrà far ricorso ai buoni lavoro, se e solo se, applica ai suddetti il regime contributivo ed assicurativo del lavoro subordinato, in caso contrario – ricorso al lavoro accessorio per tutte le altre tipologie di previste dalle restanti lettere dell'art. 70, c. 1 - potrà utilizzare i buoni lavoro applicando il regime contributivo e assicurativo agevolato. In entrambi i casi resta fermo il limite stabilito dall'art. 70, c. 2 bis dei 10.000 euro. Ivi, p. 595.

³⁵ E. MONTEMARANO, *op. cit.*, p. 244.

³⁶ In realtà sarebbe più corretto fissare il *terminus ad quem* della «fase espansiva» del lavoro accessorio all'anno 2012, ovvero sino alla vigilia della c.d. Riforma Fornero, dal momento che è sino a questa data che gli effetti delle riforme analizzate nel presente paragrafo continueranno a produrre i propri effetti grazie al D.P.C.M. del 25 marzo 2011 (Decreto milleproroghe).

le» di entrare, o permanere, nel mercato del lavoro, senza correre il rischio di dover rinunciare ai benefici economici e normativi che l'ordinamento riconosce loro. Una vera e propria «nuova vita» dunque in cui persino la sua caratteristica differenziale, l'accessorietà, sembra esser venuta, essendo essa, a seguito del poderoso ampliamento dei campi oggettivo e soggettivo, ridefinita non solo in funzione dell'attività prestata, ma anche, o meglio, alternativamente, allo *status* del lavoratore.

3. Il lavoro accessorio nella Riforma Fornero: il primo significativo cambio di rotta

La fase espansiva del campo di applicazione oggettivo e soggettivo del lavoro accessorio trova il suo punto di arresto nella Legge 28 giugno 2012 n. 92, "Riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita", in vigore dal 18 luglio 2012, all'articolo 1, commi 32 e 33, e nella Legge n. 134 del 7 agosto 2012, all'articolo 46-bis, a seguito dell'emanazione di tali leggi, la fattispecie del lavoro accessorio è oggetto di una significativa innovazione che segna una vera e propria inversione di tendenza rispetto alle riforme degli anni precedenti, nel corso dei quali tale istituto giuridico da strumento di incentivo alla regolarizzazione di prestazioni altrimenti svolte "in nero" e di occupazione di soggetti deboli del mercato del lavoro, è divenuto un potenziale strumento di precarietà e di "legittima" elusione del fisco³⁷.

La nuova disciplina è infatti fortemente limitativa³⁸. Il Legislatore, al fine di limitare «l'uso improprio e distorsivo»³⁹ che si era fatto dell'istituto e combattere «la precarietà» e la «flessibilità cattiva» che esso, a seguito delle diverse modificazioni cui era stato oggetto, aveva consentito, riscrive completamente l'art. 70 del D. Lgs. n. 276/2003. La novellata disposizione sancisce, al primo comma, che configurano la fattispecie del lavoro accessorio unicamente le «attività lavorative di natura meramente occasionale che non danno luogo, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi superiori a 5.000 euro nel corso di un anno solare, annualmente rivalutati sulla base della variazione dell'indice

³⁷ S. TOPPI, *op. cit.*, p. 10.

³⁸ Come verrà ben evidenziato dalla Circolare MPLS n. 18 del 28 luglio 2012, in questo frangente, «la volontà del legislatore di riaffermare l'originaria finalità dello strumento, quella cioè di ricoprire "spazi" non coperti da altri istituti, consentendo di ricondurre alla regolarità possibili attività svolte abitualmente "in nero"».

³⁹ La criticità più evidente era l'assenza di regolamentazione del rapporto di lavoro in riferimento a tempo di lavoro, adeguatezza della retribuzione e della prestazione.

ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati intercorsa nell'anno precedente».

Da una disamina della novellata disciplina, alla luce della versione originaria della stessa, si evidenzia la ricomparsa dell'avverbio «meramente» in relazione alla occasionalità caratterizzante le attività rientranti nell'ambito di applicazione dell'istituto giuridico⁴⁰ ed il riferimento a categorie di lavoratori a rischio di esclusione sociale (già presente a seguito della modifica realizzatasi per mezzo dell'art. 22 del D.L. n. 112/2008); l'omissione del novero delle attività o dei soggetti con i quali poter adottare l'istituto. A seguito della riforma a venire meno è anche il comma 2 dell'articolo 70 che, nelle versioni precedenti, definiva l'accessorietà e l'occasionalità solo in termini di compenso annuo, omettendo precisi riferimenti temporali, cosicché se prima della riforma le valutazioni circa l'adozione del lavoro accessorio erano legate sostanzialmente a due condizioni, la presenza di una delle attività previste ed il limite del compenso, a seguito della stessa si rende necessaria unicamente l'individuazione di attività meramente occasionali, secondo il significato letterale del termine.

Circa il campo di applicazione soggettivo e oggettivo, la riformata disciplina sancisce la possibilità di porre in essere attività - purché meramente occasionali - in qualunque ambito, compreso quello afferente ai committenti pubblici, da parte di qualsiasi prestatore⁴¹, nel rispetto dei limiti economici definiti, ad esclusione delle attività di lavoro agricolo così come indicate dalla norma.

Una delle più rilevanti novità della riforma inerisce proprio il limite economico inteso, questa volta, in senso cumulativo rispetto alla totalità dei committenti, e non più riferito, come in passato, al singolo committente.

Il novellato art. 70, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003 stabilisce infatti che, nei confronti «dei committenti imprenditori commerciali o professionisti», le attività lavorative occasionali accessorie possano essere svolte «a favore di ciascun singolo committente per compensi non superiori a 2.000 euro»⁴², rivalutati annualmente sempre sulla base delle variazioni dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati, fermo restando il tetto massimo del computo tota-

⁴⁰ Tale aspetto verrà ribadito dalla Circolare MPLS n.4 del 18 gennaio 2013, nella quale si asserisce che il riferimento all'attività «*meramente*» accessoria altro non è che una sottolineatura tesa a ribadire la sostanziale occasionalità delle prestazioni, certamente non in grado di costituire solido sostentamento economico del lavoratore stesso.

⁴¹ S. TOPPI, *op. cit.*, p. 12.

⁴² Ivi, p. 13.

le che è fissato a 5.000 euro le per prestazioni rese alla totalità dei committenti nell'anno solare⁴³.

In merito all'applicazione del lavoro accessorio nel settore agricolo, il novellato art. 70, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003 consente il ricorso a tale istituto giuridico solo per le attività lavorative di natura occasionale rese nel contesto delle attività agricole di carattere stagionale effettuate da pensionati e da giovani con meno di 25 anni di età⁴⁴ e le attività agricole svolte a favore degli agricoltori con basso volume di affari (non superiore a 7.000 euro annui), attività che non possono, tuttavia, essere espletate da persone iscritte, nell'anno precedente, negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli⁴⁵.

In netta controtendenza rispetto all'irrigidimento dell'istituto che caratterizza la riforma è quanto disposto in riferimento al committente pubblico e all'impresa familiare.

In riferimento al committente pubblico l'art. 70, comma 3, introdotto dal D.D.L., ripete esattamente i contenuti del vigente art. 70, comma 2-ter, del D. Lgs. n. 276/2003. La Legge n. 92 del 28 giugno 2012, ribadisce, all'art. 1, comma 32, la nozione di committente pubblico quale utilizzatore del lavoro occasionale di tipo accessorio e conferma, al punto 3 dello stesso articolo, il fatto che l'utilizzo da parte della P. A. debba avvenire «nel rispetto dei limiti previsti dalle disposizioni di spesa relative al personale nonché dei vincoli stabiliti, eventualmente, dal patto di stabilità interno» (previsione già presente nella legge 23 dicembre 2009, n. 191)⁴⁶. Si realizza così una estensione della fattispecie lavoro accessorio a tali tipologie di committenti che incontra come unico argine le limitazioni di tipo economico, rappresentate, da un lato, dai vincoli discendenti dal patto di stabilità interno, valido solo per gli Enti pubblici territoriali, dall'altro dalle limitazioni vigenti in materia di spese del personale per le Pubbliche Amministrazioni nel loro complesso⁴⁷.

Anche per il committente pubblico vige il limite economico generale fissato in 5.000 euro per prestatore.

Sempre in controtendenza con lo spirito della riforma, teso ad una contrazione dell'ambito di applicazione dell'istituto, come è stato già anticipato, è quanto disposto in relazione all'impresa familiare. La Legge n. 92/2012 ha infatti ricondotto nell'alveo di applicabilità dell'istituto l'im-

⁴³ M. GIARDETTI, *Mercato del lavoro. Cosa cambia*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 46.

⁴⁴ Ivi, p. 47.

⁴⁵ P. RAUSEL, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁶ S. TOPPI, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁷ M. LAMBERTI, *op. cit.*, p. 186.

presa familiare rendendo fattibile la possibilità di ricorrere anche in quest'ambito ricorrere al lavoro occasionale per lo svolgimento di ogni tipo di attività, nel rispetto dei limiti economici previsti dalla nuova normativa, pari a 2.000 euro annui, trattandosi di committenti imprenditori commerciali o professionisti.

Viene confermato quanto previsto nella circolare n. 44/2009 in riferimento ai cittadini extracomunitari, ovvero che il reddito da lavoro occasionale accessorio da solo, proprio a causa della accessorialità e della occasionalità delle attività da cui scaturisce, non è utile, da solo, ai fini del rilascio o rinnovo dei titoli di soggiorno per motivi di lavoro.

La nuova *ratio* della riforma traspare anche dalle disposizioni relative agli aspetti più concreti della presa in consegna e riscossione dei *voucher*. Le nuove disposizioni, al fine di scongiurare la «cattiva flessibilità» e l'uso «improprio e distortivo» del sistema dei *voucher*, cui si faceva riferimento all'inizio del presente paragrafo, realizza due cambiamenti fondamentali e congiunti: 1) la tracciabilità dei *voucher*, derivante da quanto disposto dall'art. 1, comma 32, lett. b), del D.D.L. che interviene nel corpo dell'art. 72, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003 stabilendo che i «carnet di buoni» devono essere «orari, numerati progressivamente e datati»; 2) la previa determinazione del valore dei buoni in relazione alla prestazione lavorativa stimata in ore, mutando così il criterio di quantificazione del compenso del lavoratore accessorio che da «negoziale» - ovvero da determinarsi in relazione al valore di mercato della prestazione - diviene ad «orario»⁴⁸ - ossia connesso alla durata della prestazione stessa, scongiurando così l'uso distorto dell'istituto giuridico in esame per il quale si utilizzava un solo *voucher* per remunerare prestazioni di diverse ore⁴⁹.

Ultimo aspetto rilevante della riforma che verrà esaminato in questa sede è quello delle violazioni.

Il superamento dei limiti anzidetti che potrà che determinare una «trasformazione» del rapporto in quella che costituisce la «forma comune di rapporto di lavoro», ossia in un rapporto di natura subordinata a tempo indeterminato, con applicazioni delle relative sanzioni civili e amministrative.

Sarà possibile operare la trasformazione del rapporto ogniqualvolta le prestazioni del lavoro accessorio siano verosimilmente fungibili con le prestazioni rese da altro personale già dipendente dell'imprenditore o del professionista

⁴⁸ In seguito alla riforma il valore del *voucher* era fissato a 10 €.

⁴⁹ S. TOPPI, *op. cit.*, p. 19.

4. Il lavoro accessorio ed il Jobs-act: nozione e qualificazione giuridica del lavoro occasionale accessorio

Con il D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante “Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell’articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183, si realizza l’ultima riforma, in ordine di tempo, della disciplina del lavoro accessorio (Capo VI, artt. 48-50)⁵⁰. Tenendo conto degli effetti che essa produce sul campo di applicazione soggettivo e oggettivo della fattispecie giuridica esaminata in questo articolo è possibile ritenere che essa si collochi in una posizione intermedia rispetto alle riforme del periodo 2008-2011, all’insegna della «liberalizzazione» e della *deregulation* dell’istituto, e la c.d. Riforma Fornero (L. 28 giugno 2012, n. 92), fortemente limitativa, volta a riattribuire al lavoro occasionale la sua funzione originaria, così come concepita dalla c.d. Riforma Biagi, ovvero quella di sottrarre le relative prestazioni dal lavoro «nero». In perfetta armonia con entrambi gli interventi legislativi appena citati, infatti, la riforma attuata con il D. Lgs. 82/2015 realizza una ulteriore liberalizzazione dell’istituto prevedendo però controlli più severi e stringenti. Le riforme introdotte sembrerebbero rendere tale disciplina ancora più appetibile per il datore di lavoro, grazie alla “liberalizzazione” dell’istituto che si realizza per le attività lavorative in tutti i settori produttivi, anche in un’ottica di contrasto del c.d. «lavoro nero», e la contestuale previsione di limiti restrittivi per il lavoro autonomo e le collaborazioni a progetto, il lavoro accessorio costituirà, con ogni probabilità, la “valvola di sfogo” per le imprese in termini di accesso al lavoro flessibile e a costi ridotti e sostenibili. La disciplina attualmente prevista dagli artt. da 70 a 73 del D.Lgs 276/2003, a partire dalla data dell’entrata in vigore del decreto, sarà integralmente sostituita dalla nuova disciplina (artt. 51 – 54), ferma restando la possibilità di un «utilizzo, secondo la previgente disciplina, e fino al 31 dicembre 2015, dei buoni per prestazioni di lavoro accessorio già richiesti alla data di entrata in vigore del presente decreto».

⁵⁰ Il D.Lgs. n. 81/2015 è pubblicato nella G.U. Serie Generale n.144 del 24-6-2015 – Supplemento Ordinario n. 34 (su cui cfr. INPS Circ. 12 agosto 2015, n. 149). Il lavoro accessorio era originariamente disciplinato dagli artt. da 70 a 73 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, come sostituito dall’art. 1, co. 32, lett. a), L. 28 giugno 2012, n. 92, a sua volta modificato dall’art. 46-bis, co.1, lett. d), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 e dall’art. 7, co. 2, lett. e), L. 9 agosto 2013, n. 99, di conversione del D.L. 28 giugno 2013, n. 76. Sul lavoro accessorio a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 81/2015, cfr. M. Tiraboschi, *La disciplina organica dei contratti di lavoro*, in *Guida lav.*, 2015, n. 26, 12 ss.

Modificata la definizione normativa dell'istituto, per lavoro accessorio devono intendersi tutte quelle attività caratterizzate da una marginalità esclusivamente reddituale essendo stato omesso il previgente limite temporale⁵¹, ossia, tutte le "attività lavorative caratterizzate da un compenso annuo non superiore a 7000 euro «con riferimento alla totalità dei committenti», con conseguente fortissima limitazione all'utilizzo dell'istituto (art. 48, c. 1)⁵². Il limite economico – che nella disciplina previgente in caso di una pluralità di committenti era fissato 5.000 euro – viene innalzato a 7.000 euro nei confronti della totalità dei committenti, mentre quello previsto per prestazioni rese in favore di un singolo committente con qualifica di imprenditore commerciale o professionista risulta invece invariato e mantenuto a 2.000. La previsione di una limitazione di carattere economico così stringente da parte del Legislatore è funzionale a rendere superfluo l'inciso «di natura meramente occasionale», reintrodotta con la precedente riforma, e, al pari di esso, qualsiasi altra prescrizione relativa ai lavoratori o committenti, entrambi omessi nella nuova disciplina dell'istituto⁵³. Confermato anche il limite di 3.000 euro per le prestazioni di lavoro accessorio rese dai beneficiari di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito nel limite di euro 3.000 (art. 48, c. 6)⁵⁴.

La disciplina introdotta dal legislatore delegato con l'art. 48, comma 1, è sostanzialmente analoga a quella precedentemente contenuta nell'art. 70, comma 1 del D. Lgs n. 276 del 2003. La prima modifica riguarda il limite dei compensi massimi che il lavoratore può percepire durante l'anno - da 5.000 a 7.000 euro – realizza un ampliamento della possibilità di utilizzo dell'istituto. La seconda modifica riguarda l'indicazione temporale del parametro economico-quantitativo, il riferimento all'«anno solare» contenuto nell'art. 70 è stato sostituito con l'«anno civile». La terza modifica concerne la soppressione della qualificazione commerciale riferita all'imprenditore committente, ora si fa riferimento all'imprenditore *tout court*⁵⁵.

⁵¹ Il lavoro accessorio, nella previgente disciplina, era ammesso per una durata non superiore a trenta giorni nell'anno solare ovvero a 240 ore (circa un paio di mesi) nel solo ambito dei servizi di cura e assistenza alle persone, purché il committente sia unico e il compenso percepito nel corso di un anno (inteso come periodo mobile di 365 giorni) non superi un determinato limite economico.

⁵² A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro: Il rapporto di lavoro*, CEDAM, Padova, 2015, p. 31.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ F. AIELLO, *Lavoro accessorio, ampliato il ricorso all'istituto ed elevato il limite di guadagno* in "Job Act – Contratti e mansioni", Il Sole 24 Ore, Luglio 2015, n. 3, p. 73.

Il comma 2 dell'art. 48 conferma l'estensione della possibilità di ricorrere al lavoro accessorio ai lavoratori percettori di prestazioni integrative o di sostegno al reddito i quali possono operare in tutti i settori produttivi, Enti locali compresi, tenendo conto però del limite complessivo di 3.000 euro di compenso per anno civile.

I ricorso al sistema dei *voucher* nel settore dell'agricoltura è consentito dalla novellata disciplina in materia che va a confermare le previsioni previgenti inerenti ai requisiti soggettivi ed oggettivi ai quali non apporta alcuna innovazione sostanziale. Risulta dunque possibile fare ricorso al lavoro accessorio in agricoltura per le attività lavorative di natura occasionale rese nell'ambito delle attività agricole di carattere stagionale (ad es. vendemmia o raccolta delle olive: art. 48, co. 3, lett. a), D.Lgs. n. 81/2015) da giovani con meno di 25 anni di età - «se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso un Istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado, compatibilmente con gli impegni scolastici, ovvero in qualunque periodo dell'anno se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso l'università» - e da pensionati (ossia i titolari di trattamenti di anzianità o di pensione anticipata, pensione di vecchiaia, pensione di reversibilità, assegno sociale, assegno ordinario di invalidità e pensione agli invalidi civili nonché tutti gli altri trattamenti che risultano compatibili con lo svolgimento di una qualsiasi attività lavorativa).

Non si rileva alcuna limitazione sul versante del prestatore per le attività agricole non stagionali al contrario i committenti potranno essere solo piccoli i imprenditori agricoli di cui all'art. 34, co. 6, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, ovvero aventi un volume d'affari non superiore a 7.000 euro.

Le prestazioni di lavoro accessorio sono consentite anche a favore di committenti pubblici (Amministrazioni dello Stato, comprese le scuole, Enti locali, società inserite nel conto economico consolidato ISTAT individuate ai sensi dell'art. 1, co. 3, L. n. 196/2009), nel rispetto della disciplina vincolistica in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, del patto di stabilità interno (art. 48, co. 4, D.Lgs. n. 81/2015)⁵⁶, in maniera non dissimile da quanto affermato dalla c.d. Ri-forma Fornero.

Con il D. Lgs. 81/2015 il Legislatore delegato, inoltre, «positivizza» la prassi amministrativa che vietava l'utilizzo di prestazioni di lavoro accessorio nell'ambito di appalti (circolare Min. Lav. n. 4/2013). Mediante l'attribuzione di efficacia di legge alla regola evocate nelle circolari INPS n.88/2009, n. 17/2010 e n. 49/2013, il Legislatore, infatti, fa espressamen-

⁵⁶ A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 31.

te divieto di ricorrere al lavoro accessorio «nell'ambito dell'esecuzione di appalti di opere o servizi» fatte salve le specifiche ipotesi individuate con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro 6 mesi dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 81/2015 (art. 48, co. 6, D.Lgs. n. 81/2015).

5. La disciplina positiva del lavoro accessorio e la procedura di attivazione

La disciplina positiva del lavoro accessorio è contenuta nell'art. 49 comma 1 del decreto delegato. La peculiarità del lavoro accessorio è che esso viene compensato mediante «buoni orari» o «voucher», il cui valore nominale variabile è fissato con decreto del Ministero del lavoro «tenendo conto della media delle retribuzioni rilevate per le diverse attività lavorative e delle risultanze istruttorie del confronto con le parti sociali». La disposizione appena citata è parzialmente diversa da quella previgente nella quale si richiamava invece alle «risultanze istruttorie del confronto con le parti sociali» e si faceva riferimento alla «media delle retribuzioni rilevate per le attività lavorative affini a quelle di cui all'articolo 70 comma 1, nonché del costo di gestione del servizio». La disposizione novellata evocherebbe, in tal modo, un esclusivo raffronto con il settore merceologico di riferimento senza allargamenti a settori affini⁵⁷.

Sempre ai sensi dell'art. 49, comma 1 del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e della Circolare INPS del 12 agosto 2015, n. 149, i «buoni lavoro» possono essere acquistati sia presso le rivendite autorizzate sotto forma di *carnet*, e quindi in forma cartacea (c.d. *voucher*), nel caso di committenti imprenditori o liberi professionisti, sia telematicamente, attraverso il sito internet dell'INPS, se il committente è un imprenditore o un libero professionista. Una volta ottenuto il buono dal «committente» il lavoratore potrà procedere alla riscossione del corrispettivo compenso presso uno dei concessionari individuati dalla disciplina «che provvede al relativo pagamento, nonché al versamento dei contributi previdenziali all'INPS (13% del valore del buono) e all'INAIL (7%), trattenendo un importo a titolo di rimborso spese (art. 49)»⁵⁸. Il compenso è esente da qualsiasi imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupato o inoccupato⁵⁹.

La riforma amplia in maniera piuttosto consistente il novero dei concessionari abilitati alla consegna ed alla riscossione dei «buoni lavoro»,

⁵⁷ F. AIELLO, *op. cit.*, p. 75.

⁵⁸ A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁹ *Ibidem*.

facilitando, in tal modo il ricorso a tale istituto giuridico. È possibile acquistare buoni lavoro in formato cartaceo presso le sedi INPS territoriali; i tabaccai che aderiscono all'iniziativa, consultabili on line sul sito della FIT, Federazione Italiana Tabaccai, ovvero direttamente dal sito INPS, alla voce «ricerca tabaccai abilitati»⁶⁰; presso le banche popolari abilitate, analogamente a quanto previsto per i tabaccai, l'elenco delle banche che hanno aderito alla convenzione è consultabile sul sito dell'INPS alla voce «sportelli bancari – punto PEA (Punto Emissione Autorizzato)»⁶¹; presso gli uffici postali di tutto il territorio nazionale; in via telematica dall'INPS.

Una volta acquistati i buoni, il committente ne ha libera disponibilità e, in relazione alle sue esigenze temporali e spaziali, ne “attiverà” l'utilizzo offrendo lavoro ai prestatori di lavoro disponibili al momento e nel luogo in cui la prestazione lavorativa è necessaria. I buoni hanno una validità di 24 mesi dalla data di emissione se acquistati presso le sedi INPS e presso gli uffici postali e di 12 mesi se acquistati presso altri concessionari quali tabaccai e banche. Nel corso di tale arco temporale – 12/24 mesi – essi sono disponibili e pienamente validi ma inattivi.

I buoni regolarmente acquistati e nella disponibilità dei committenti necessitano, per poter essere realmente utilizzati di essere ufficialmente attivati mediante una comunicazione obbligatoria ma informale all'INPS/INAIL. La comunicazione ha carattere di propedeuticità rispetto all'inizio della prestazione di lavoro e con essa il committente deve comunicare il proprio codice fiscale, la tipologia di attività, i dati del prestatore (nome, cognome, codice fiscale), il luogo di lavoro, la data d'inizio e di fine prestazione. Il mancato inoltro di tale comunicazione comporta l'applicazione della maxi sanzione per lavoro sommerso, prevista dall'art. 3, co. 3, L. 23 aprile 2002, n. 73, di conversione del D.L. n. 12/2002, come modificato dall'art. 4, L. 4 novembre 2010, n. 183 (INAIL Circ. 16 giugno 2011, n. 36 e n. 21/2013; INPS Circ. n. 49/2013).

Al fine di razionalizzare e uniformare l'adempimento relativo alla comunicazione obbligatoria di inizio prestazione a carico dei committen-

⁶⁰ In questo caso particolare è prevista una commissione di 1 euro. In una sola operazione si possono acquistare fino a 1000 euro di buoni e in un'unica giornata fino a 2000 euro. G. E. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 6.

⁶¹ I buoni lavoro emessi dalle banche aderenti sono pagabili e rimborsabili esclusivamente all'interno del medesimo circuito bancario. Il committente che intende acquistare i buoni presso lo sportello bancario deve presentare il proprio codice fiscale ovvero la propria tessera sanitaria, pagando 1 euro di commissione. Con una sola operazione è possibile acquistare fino a 5000 euro di buoni lavoro (da intendersi in valore lordo).

ti nonché di rendere più tempestiva ed efficiente la gestione degli interventi previdenziali e assistenziali connessi allo svolgimento delle prestazioni del lavoro accessorio, l'INPS e l'INAIL hanno stipulato un accordo finalizzato alla realizzazione del coordinamento informativo e operativo per una migliore gestione dei buoni lavoro, prevedendo che tutte le comunicazioni di inizio attività nonché le eventuali variazioni siano effettuate direttamente all'INPS, esclusivamente in modalità telematica, qualunque sia il canale di acquisizione dei buoni lavoro⁶².

Onere dell'INPS è la trasmissione, in tempo reale, all'INAIL delle comunicazioni ricevute, concernenti anche le variazioni, nel rispetto della normativa vigente relativa al trattamento dei dati personali e a garantire qualità e completezza di ogni informazione di cui all'art. 5, comma 1, del D.M. 12/3/2008.

6. Regime sanzionatorio e controlli

Nelle nuove disposizioni non vi è traccia di regole che realizzino un regime sanzionatorio per il ricorso abusivo al lavoro accessorio. Al riguardo si può far riferimento a due contrapposte tesi.

Secondo la prima si potrebbe affermare che il superamento del limite economico-quantitativo previsto per tale istituto giuridico determini una ridefinizione qualificatoria del contratto tale da ricondurlo nella figura tipica e ordinaria del rapporto di lavoro, ossia, il lavoro subordinato a tempo determinato.

Diametralmente opposta è la tesi per la quale, non essendo individuabile il «tipo» di rapporto cui ricondurre il lavoro accessorio occorre verificare «il suo concreto atteggiarsi» e, a seguito di questa analisi, ricondurlo alla figura ad esso più consona.

Si pone quindi il problema, che già sussisteva con le previgenti versioni della disciplina in materia, del superamento inconsapevole del limite economico-quantitativo.

Al fine di prevenire violazioni dovute al superamento del limite economico-quantitativo, l'unico controllo possibile è quello previsto dalla Circolare ministeriale n. 4 del 2013 che consente al committente di richiedere al lavoratore una dichiarazione che attesti il non superamento degli importi massimi previsti dalla legge, dal momento che tali circostanze possono pacificamente essere ignorate dallo stesso lavoratore⁶³.

⁶² F. AIELLO, op. cit., p. 76.

⁶³ *Ibidem*.

7. Considerazioni conclusive

Come si è avuto modo di delineare, il riassetto «delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro» - finalizzato al rafforzamento delle «opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione», nonché al riordino di contratti di lavoro vigenti al fine di «renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva» (art. 1, co. 7, L. 183/2014) -, che si realizza con il Jobs act, si è tradotto in un rilevante ed ulteriore ampliamento del campo di applicazione oggettivo e soggettivo del lavoro accessorio.

Tale ampliamento, tuttavia, ripropone la questione che era stata faticosamente accantonata con la precedente riforma (L. 92/2012, c.d. Riforma Fornero), ovvero, la problematica collocazione dell'istituto nell'alveo del lavoro subordinato o autonomo⁶⁴.

Strettamente connesso a questa problematica è infatti il rischio, tutt'altro remoto, che la tipologia lavorativa in esame, pur se concepita con l'obiettivo di promuovere l'emersione e la corrispondente regolarizzazione di prestazioni svolte con saltuarietà ed occasionalità (da parte di «soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato di lavoro, ovvero in procinto di uscirne», al di fuori di qualsiasi cornice legale e senza copertura previdenziale e assistenziale), sia suscettibile di tradursi nella sua antitesi, ovvero in un potenziale strumento di precarietà del mercato del lavoro, mediante un'applicazione fraudolenta dell'istituto, volto all'elusione della «normativa protettiva giuslavoristica»⁶⁵ mediante un'applicazione fraudolenta.

In altri termini, il ricorso al lavoro accessorio, inteso come alternativa al lavoro subordinato, pur nel rispetto dell'unico limite dei settemila euro di compensi annui per singolo prestatore, è inevitabilmente foriero del rischio di un possibile impiego finalizzato all'elusione del lavoro subordinato *standard* e, di conseguenza, di una destrutturazione del

⁶⁴ «Per quanto riguarda la qualificazione giuridica della fattispecie, si ritiene da una parte della dottrina, che si tratti di lavoro autonomo. Altri hanno invece sostenuto che fra lavoratore ed utilizzatore ricorra un rapporto di fatto analogo a quello presente nel lavoro somministrato e che il contratto di fornitura venga tacitamente stipulato con l'acquisto del buono. Infine, c'è chi ritiene che il lavoro accessorio [...] sia provvisto di una speciale esaustiva disciplina semplificata con conseguente superamento di ogni problema di distinzione fra lavoro autonomo, subordinato e parasubordinato». Sul punto, v. L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 624.

⁶⁵ Cfr. E. BALLETTI, *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. CARINCI, *Adapt Labour Studies*, e-Book series, n. 48, p. 297.

mercato del lavoro, soprattutto in un momento di crisi occupazionale quale quello attuale.

Con il Jobs act, il lavoro accessorio, venuta meno ogni sua peculiarità di ordine soggettivo o oggettivo, ossia inerente alla specificità del settore produttivo o dell'attività, tende dunque a proporsi quale potenziale forma di impiego del lavoro «alternativa» alle tradizionali tipologie contrattuali giuslavoristiche⁶⁶, in tutte le loro possibili declinazioni, non unicamente rispetto al lavoro subordinato e determinato ma anche, e soprattutto, con riguardo ai modelli contrattuali c.d. flessibili.

Non è arduo prevedere un forte incremento nei ricorsi a tale istituto giuridico in luogo della stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato e/o a tempo parziale (specialmente di tipo c.d. "verticale"), anche in riferimento a prestazioni lavorative stagionali, ciclico-periodiche o comunque non occasionali, compatibilmente con il limite economico che a tale istituto si impone.

Il lavoro accessorio costituisce un'alternativa oltremodo vantaggiosa tanto per il lavoratore, quanto, e soprattutto, per il committente, sia in ragione del risparmio sensibile dei costi economici, sia in ragione della disponibilità di una sua ampia libertà nella gestione della manodopera⁶⁷: la riduzione degli oneri economici prevista per il lavoro accessorio si accompagna, infatti, ad un consistente alleggerimento degli oneri gestionali. Il vantaggio per il lavoratore è invece da ricercare nel fatto che l'istituto del lavoro accessorio garantisce un livello minimo di tutela retributiva, assicurativa e di sicurezza, nonché un flusso finanziario (si pensi alla contribuzione sia previdenziale che assistenziale), altrimenti indebitamente negato⁶⁸.

Ben più remota è l'ipotesi di un ricorso in via strumentale al lavoro accessorio in relazione ad attività riconducibili all'alveo del lavoro autonomo – anche alla luce dell'intervenuta abrogazione, *ex art.* 52, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, dell'art. 61 del D.Lgs. n. 276/2003, già prefigurante l'ipotesi di prestazioni di lavoro occasionali quale alternativa rispetto al lavoro a progetto.

È opportuno rilevare che il Legislatore delegato tace circa le conseguenze derivanti dall'indebito ricorso al lavoro accessorio. Il D.Lgs. n. 81/2015, infatti, non fornisce specifiche indicazioni al riguardo (in analogia, del resto, al silenzio in proposito anche da parte della normativa

⁶⁶ Ivi, p. 303.

⁶⁷ Ivi, p. 295.

⁶⁸ Ivi, p. 305.

previgente *ex artt.* 70-73, D.Lgs. n. 276/2003).

A seguito delle modifiche introdotte dal D. Lgs 81/2015, il punto critico della disciplina del lavoro accessorio, alla luce delle distorsioni cui si è fatto cenno, è dunque individuabile nella sua dubbia capacità di ricondurre questo innovativo istituto alla sua principale finalità, individuata, agli albori della sua introduzione nel nostro ordinamento giuridico, nel significativo contributo di lotta all'economia sommersa che, come noto, continua a proliferare un persistente e latente numero di settori economici.

La tutela del consumatore-paziente tra responsabilità del produttore ed utilizzo di prodotto medico difettoso

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La tutela del consumatore-paziente tra normativa comunitaria e prassi giurisprudenziale nazionale. - 3. Le limitazioni poste dalla direttiva comunitaria alla tutela del consumatore: l'eccezione del rischio da sviluppo. - 4. Segue: l'eccezione del rischio da sviluppo nel diritto comunitario e in quello dei paesi membri. - 5. L'orientamento giurisprudenziale comunitario in tema di dispositivi medici difettosi. - 6. La figura del consumatore-paziente tra uso di dispositivi medici e tutela della salute. - 7. Il principio di precauzione nel formante legislativo e giurisprudenziale. - 8. La responsabilità da prodotto difettoso negli Stati Uniti d'America: riflessioni alla luce dell'analisi economica del diritto. - 9. La responsabilità del produttore nell'UE tra rilievi economici ed esigenze giuridiche. - 10. Conclusioni.

1. Premessa

Nessuno dei paesi membri dell'Unione europea possedeva, prima dell'emanazione della direttiva del 1985, una specifica normativa dedicata alla responsabilità del produttore; tuttavia, gli Stati avevano cercato di elaborare un proprio modello giurisprudenziale, al fine di adattare le norme generali in materia di responsabilità alla specifica fattispecie connessa alla progettazione, produzione e messa in circolazione di beni che cagionano danni al consumatore¹.

L'obiettivo prioritario, che l'Unione europea si proponeva di raggiungere mediante l'emanazione della direttiva comunitaria n. 374/1985, recepita in Italia con il D.P.R. n. 224/1988 (tale disciplina si trova ora nel Codice del consumo, d.lgs. n. 206/2005), era quello di unificare i criteri di responsabilità per i danni causati da un prodotto difettoso, così favorendo la creazione di un sistema uniforme (per tutti i paesi membri) di tutela giuridica per il danneggiato². L'analisi dei considerando della direttiva in parola è utile per chiarire gli scopi dell'intervento del legislatore comunitario in materia: essi sono da ricercarsi nella necessità di ravvicinare le legislazioni nazionali in tema di responsabilità del prodotto-

¹ G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, Cedam, 2013, p. 351 ss.

² G. BENACCHIO, *ivi*, p. 357.

re per i danni causati dal carattere difettoso dei suoi prodotti; invero, le disparità esistenti fra tali legislazioni possono falsare il gioco della concorrenza e pregiudicare la libera circolazione delle merci all'interno del mercato comune determinando divergenze nel grado di protezione del consumatore contro i danni causati alla sua salute e ai suoi beni da un prodotto difettoso³.

Nell'ambito del *genus* costituito dai prodotti (difettosi), potenzialmente idonei a provocare un danno al consumatore, una importante *species* è indubbiamente rappresentata dai c.d. dispositivi medici, soprattutto in ragione del loro particolare utilizzo, in quanto prodotti aventi finalità terapeutiche⁴. I dispositivi medici, in Italia chiamati anche presidi medico-chirurgici⁵, rappresentano una categoria alquanto ampia in cui vi rientrano prodotti tra di loro eterogenei, quali una siringa, una carrozzella, un paio di occhiali, una benda, una protesi ortodontica, un apparecchio acustico; insomma prodotti acquistabili non necessariamente in una farmacia, bensì anche in una sanitaria, piuttosto che in un supermercato⁶. Il numero di eventi avversi collegati al malfunzionamento di dispositivi medici, in particolare quelli elettromedicali, sta acquisendo particolare rilevanza anche in ragione del fatto che le strutture sanitarie, sempre più spesso, sono chiamate in causa per problematiche non imputabili alla casa produttrice (interazione con altre tecnologie/ambiente, utilizzo/usabilità, ecc.)⁷.

³ V. *amplius* i 'considerando' nn. 1, 4, 13 e 18 della direttiva 85/374.

⁴ La stessa Unione europea ha provveduto, tra l'altro, ad emanare una specifica direttiva concernente i dispositivi medici. Secondo l'art. 1, n. 2, lett. a), della direttiva 93/42/CEE (in GU L 169, p. 1), nella categoria dei dispositivi medici rientra qualsiasi strumento, apparecchio, impianto, sostanza o altro prodotto, utilizzato da solo o in combinazione, compreso il software informatico impiegato per il corretto funzionamento e destinato dal fabbricante ad esser impiegato nell'uomo a scopo di: diagnosi, prevenzione, controllo, terapia o attenuazione di una malattia; diagnosi, controllo, terapia, attenuazione o compensazione di una ferita o di un handicap; studio, sostituzione o modifica dell'anatomia o di un processo fisiologico; intervento sul concepimento, la cui azione principale voluta nel o sul corpo umano non sia conseguita con mezzi farmacologici né immunologici né mediante metabolismo, ma la cui funzione possa essere assistita da questi mezzi.

⁵ D. Di LORETO, *I dispositivi medici tra regolamentazione di sicurezza e responsabilità*, in "Danno e resp.", 2007, fasc. II, p. 193.

⁶ D. Di LORETO, *ibidem*.

⁷ In tal senso A. BONELLI-F. DE LUCA, *Aspetti normativi e medico legali in tema di usabilità dei dispositivi medici*, in "Riv. it. medicina legale" (dal 2012 "Riv. it. medicina legale e dir. sanitario"), 2013, fasc. III, p. 1259. Sul punto v. P. FRATI-G. MONTANARI VERGALLO-M. ZAMPÀ, *La responsabilità professionale medica: una categoria a parte?*, in "Riv. it. medicina legale" (dal 2012 "Riv. it. medicina legale e dir. sanitario"), 2009, fasc. III, p. 527 ss., i quali sottolineano come la giurisprudenza in tema di responsabilità contrattuale delle strutture sanitarie ha sancito che la struttura, oltre a garantire una prestazione di natura prettamente medi-

Nel presente scritto si analizzeranno le pronunce intervenute in tema di danni causati dal difettoso funzionamento dei dispositivi medici, sia quelle emanate dal giudice comunitario, che quelle emesse dalla Suprema Corte italiana. Tale ricognizione ci sembra utile al fine di osservare l'applicazione a tale settore merceologico della normativa generale dettata dal legislatore comunitario in tema di responsabilità del produttore, così facendo un primo bilancio dei risultati prodotti dalla direttiva comunitaria in termini di: numero delle sentenze che hanno posto, a fondamento della responsabilità del fabbricante di un prodotto difettoso, la disciplina di matrice comunitaria; accrescimento della tutela in favore del consumatore, ecc.

Lo studio dei casi giurisprudenziali aventi ad oggetto i danni derivanti dall'utilizzo di prodotti difettosi può essere utile a capire se, nell'applicazione giurisprudenziale delle regole di Bruxelles, vi siano state 'deviazioni di sorta' rispetto alla disciplina originaria (direttiva n. 374/1985) nelle ipotesi in cui il danno sia stato provocato da un dispositivo medico, ovvero se i giudici, sia quelli nazionali, che quelli comunitari, interpretino la normativa comunitaria in senso maggiormente favorevole al consumatore-danneggiato, ove quest'ultimo rivesta la qualità di paziente. Rispetto alla disciplina generale della direttiva, tale questione richiama direttamente in causa quella, di natura processuale, avente ad oggetto il riparto dell'onere probatorio tra danneggiante e danneggiato. Questo tema indubbiamente rimanda ad importanti principi, quale quello dell'eccezione del rischio di sviluppo, inserito dal legislatore comunitario all'interno della direttiva in parola in funzione limitativa della responsabilità del produttore, ma anche il principio di precauzione, quest'ultimo avente probabilmente, quantomeno nelle intenzioni dei giudici comunitari, una funzione di bilanciamento del primo, in quanto sicu-

ca, deve assicurare una vasta gamma di obbligazioni strumentali e funzionali, tra cui rientra anche l'utilizzo dei dispositivi medici. Secondo A. BONELLI-F. DE LUCA, *ivi*, p. 1263 ss., nell'ipotesi di responsabilità per danno provocato da un dispositivo medico difettoso, oltre alla posizione del produttore, viene in rilievo anche quella del prestatore di servizi medici; infatti, la direttiva n. 374/85, affermando la responsabilità del produttore, potrebbe attenuare la posizione dell'azienda ospedaliera chiamata in causa in caso di danno da uso 'non sicuro' di un dispositivo medico. In tale ambito, tuttavia, la normativa comunitaria potrebbe anche non venire in rilievo; infatti, nelle strutture sanitarie sono impiegati numerosi dispositivi medici connessi ad atti assai complessi e volti a trattare patologie gravi (si pensi ai dispositivi per circolazione extracorporea ed assistita, per dialisi, per autotrasfusione, ecc.) per cui ne deriva che il danno provocato dalla difettosità del dispositivo medico potrebbe anche essere inquadrato alla luce dell'art. 2050 c.c., che disciplina la responsabilità derivante dall'esercizio di attività pericolose.

ramente espressione del *favor consumatoris* (riscontrabile, del resto, in tutti gli interventi comunitari che, in questi anni, hanno avuto quale destinatario il consumatore).

In ultimo, il principio del rischio di sviluppo e quello di precauzione, oltre ad avere una applicazione legislativa e giurisprudenziale, si prestano anche ad una analisi di tipo economico-giuridico utile, quest'ultima, per vagliare l'operatività dei due principi in parola secondo schemi diversi dalla logica giuridica classica, notoriamente appiattita sul ragionare, con riferimento agli istituti o ai principi giuridici, in termini di 'giusto' e di 'sbagliato'. Proprio l'utilizzo dell'analisi economica del diritto può aiutare il giurista ad avere una visione globale del tema della 'difettosità dei prodotti' il quale si inserisce, a sua volta, in una più ampia tematica rappresentata dalla responsabilità civile e dalle sue indubbie connessioni con le questioni della prevedibilità e dell'assicurabilità del rischio.

2. La tutela del consumatore-paziente tra normativa comunitaria e prassi giurisprudenziale nazionale

Ai sensi della direttiva n. 374/1985 il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto⁸. È considerato "difettoso" il prodotto che non offra la sicurezza che ci si può legittimamente attendere; tale legittima aspettativa va peraltro valutata alla luce di circostanze concrete, indicate dalla direttiva stessa: la presentazione del prodotto, l'uso cui il prodotto può essere ragionevolmente destinato e il momento della sua messa in circolazione⁹. La direttiva prevede la responsabilità del soggetto che fabbrica il prodotto finito, di quello che ne produce la materia prima (o un componente), nonché di chiunque apponga il proprio nome, marchio, segno distintivo, presentandosi come produttore dello stesso¹⁰. In tema di onere probatorio, il danneggiato deve provare il danno, il difetto (del prodotto) e il nesso causale tra il primo e il secondo.

Con riferimento all'orientamento giurisprudenziale nazionale in tema

⁸ Per 'prodotto' si intende ogni bene mobile, anche se forma parte di un altro bene mobile o immobile, ad eccezione dei prodotti agricoli naturali (prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca), che non hanno subito una prima trasformazione.

⁹ Il concetto di 'sicurezza' deve essere tenuto ben distinto dalla 'inidoneità' del prodotto alle funzioni cui è destinato. Infatti, l'inidoneità funzionale può anche non riguardare la sicurezza, mentre l'assenza di sicurezza influisce necessariamente sull'idoneità all'uso; dunque, il difetto di sicurezza è un concetto più restrittivo del vizio funzionale.

¹⁰ Ferma restando la responsabilità del produttore, è altresì considerato responsabile chiunque importi, all'interno dell'UE, il bene, che ha poi prodotto il danno.

di responsabilità del produttore, pare utile sottolineare come le sentenze riguardino la più svariata gamma di prodotti, dalle biciclette alle caffettiere, mentre le pronunce riguardanti i dispositivi medici sono poche.

In uno dei pochi casi affrontati dalla giurisprudenza di legittimità, quest'ultima ha sancito che all'attore compete dimostrare la presenza del difetto al momento dell'uso e al produttore (del dispositivo medico) la mancanza del difetto precedentemente alla commercializzazione¹¹. Nella vicenda sottoposta all'attenzione della Suprema Corte una signora conveniva in giudizio un'azienda produttrice di protesi mammarie, nonché la società distributrice di tale prodotto, chiedendo la condanna di quest'ultime ed il risarcimento dei danni da lei patiti per la rottura di una protesi mammaria¹². La Corte di Cassazione sottolinea che il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno, nel senso che il danneggiato deve dimostrare (oltre al danno ed alla commissione causale predetta) che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative; dunque, egli ha l'onere di provare che il prodotto (durante detto uso) si è dimostrato difettoso, non offrendo la sicurezza che ci si poteva legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze¹³. Una volta che il danneggiato ha dimostrato che il prodotto ha evidenziato il difetto durante l'uso, che ha subito un danno e che quest'ultimo è in connessione causale con detto difetto, è il produttore che ha l'onere di provare che il difetto riscontrato non esisteva quando ha posto il prodotto in circolazione¹⁴.

Dunque, in tema di responsabilità per danno da prodotto (medico) difettoso spetta all'utilizzatore provare che, in quella specifica circostanza, si è evidenziato un difetto nell'uso del bene, mentre l'azienda produttrice deve dimostrare che non era stato rilevato tale difetto di utilizzo; in teoria, quest'ultima potrebbe adempiere all'onere probatorio dimostrando e documentando di aver sottoposto i dispositivi medici impiegati a test di usabilità.

¹¹ Cass. civ., sez. III, 08 agosto 2007, n. 20985.

¹² Sulla applicabilità della responsabilità da prodotto alle protesi mammarie, anche in una ottica comparatistica, v. A. QUERCI, *Protesi mediche tra regolamentazione di sicurezza e responsabilità da prodotto: l'onere della prova tutela il consumatore*, in "Danno e resp.", 2008, fasc. III, p. 310 s.

¹³ Per un commento della sentenza v. le osservazioni espresse da M. BASCHIERA, *Onere della prova e nesso di causalità: spunti di discussione in tema di responsabilità oggettiva del produttore di dispositivi medici*, in "Nuova giur. civ.", 2008, pt. I, p. 789 ss.; A. PALMIERI, *Protesi mammaria svuotata: non spetta alla vittima provare l'originaria esistenza del difetto*, in "Foro it.", 2008, pt. I, col. 144 s.

¹⁴ Cass. civ., sez. III, 08 agosto 2007, cit.

In ogni caso, dall'esame della sentenza emerge la necessità, per il danneggiato, di assolvere ad un onere probatorio particolarmente qualificato, poiché egli deve fornire la prova che il difetto era insito nello specifico prodotto da lui usato, non essendo sufficiente dimostrare che il difetto, seppur assente nel dispositivo medico da questi utilizzato, era tuttavia presente in dispositivi simili a (ovvero della stessa serie di) quest'ultimo.

3. Le limitazioni poste dalla direttiva comunitaria alla tutela del consumatore: l'eccezione del rischio da sviluppo

Si è detto che la prassi giurisprudenziale dei paesi membri dell'Unione europea, *in primis* quella italiana, ha compiuto rare applicazioni della normativa sulla responsabilità del produttore; infatti, solo negli ultimi anni si registrano più frequenti applicazioni della disciplina comunitaria da parte della giurisprudenza nazionale, inclusa quella di legittimità. Indubbiamente, i limiti alla tutela del danneggiato, imposti dalla normativa contenuta nella direttiva in materia, abbinati alla complessità del percorso che è necessario compiere in via ermeneutica per superarli, inducono i danneggiati a non 'azionare' la disciplina contenuta nel Codice del consumo, bensì a cercare rimedi negli strumenti tradizionali offerti dal codice civile. Quest'ultimi, infatti, offrono al danneggiato maggiori possibilità rispetto a quelle ricavabili dalla normativa comunitaria, anche in considerazione della lettura dell'art. 2050 c.c. che si è andata progressivamente affermando, di estrema severità per i produttori e di *favor* verso i consumatori.

La problematica principale è quella relativa al c.d. rischio di sviluppo, che rileva particolarmente nel campo dei dispositivi medici. Infatti, ai sensi dell'art. 6, lett. e), D.P.R. n. 224/1988 (ora art. 118, lett. e), cod. cons.) il produttore può andare esente da responsabilità dimostrando che "lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso". Da ciò emerge come sia maggiormente favorevole per il consumatore-danneggiato azionare la disciplina codicistica, nella previsione di cui all'art. 2050 c.c., in quanto ai sensi di tale norma il produttore, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare di aver preso tutte le misure idonee ad evitare il danno. La norma prevede, quindi, una forma di responsabilità più severa rispetto a quella derivante dall'applicazione del rischio di sviluppo e la giurisprudenza ne adotta una lettura ispirata alla massimizzazione della tutela per

il danneggiato¹⁵. Si afferma, infatti, che la prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c. non possa ritenersi raggiunta qualora, con riferimento allo stato delle conoscenze scientifiche esistenti al momento della commercializzazione del prodotto, ci fosse una pur minima possibilità di individuare, anche con procedimenti scientifici nuovissimi e non ancora normalmente applicati nella prassi, la difettosità del prodotto (si pensi ad un farmaco)¹⁶. Nel caso dell'attività pericolosa, infatti, la semplice osservanza dello stato della tecnica esistente al momento della messa in circolazione del prodotto non è sufficiente, per il produttore, per andare esente da responsabilità, ma occorre altresì porre attenzione al progresso tecnologico avvenuto dopo l'introduzione nel mercato (del prodotto stesso), con l'eventuale ritiro del bene o l'adozione di misure di sicurezza, avendo la norma codicistica come obiettivo primario la tutela della salute dei pazienti e degli utilizzatori. È evidente la 'distanza' col rischio da sviluppo di cui al D.P.R. n. 224/1988 e l'insufficienza della prova consistente nello 'stato dell'arte' a liberare da responsabilità il produttore del bene difettoso.

Del resto, la norma di cui all'art. 2050, seppur contenga una previsione di responsabilità alquanto generica (a differenza di quella contenuta nel Codice del consumo), certamente non tarata specificamente sulla responsabilità del produttore (per danno derivante da un suo prodotto), fonda una responsabilità oggettiva nei riguardi del danneggiante il quale, per liberarsi, deve assolvere ad un onere probatorio alquanto gravoso. Invece, la direttiva comunitaria avrebbe dato vita ad una forma di responsabilità del produttore che, seppur qualificata da numerosi Autori (particolarmente dai primi commentatori del provvedimento comunitario) come 'oggettiva', in realtà non può dirsi tale, quantomeno ove si consideri le numerose ipotesi di esonero della responsabilità previste in favore del danneggiante, cioè del produttore¹⁷. Infatti, si è propensi, oggi, ad ammettere in dottrina che l'intervento del legislatore comunitario abbia piuttosto creato una ipotesi di responsabilità per colpa del fabbricante, proprio a motivo della previsione, all'interno della direttiva comunitaria n. 374/1985, dell'esimente rappresentata dalla c.d. eccezione del rischio da sviluppo, la quale costituisce una importante "via di fuga" in favore del produttore, particolarmente nei settori produttivi (è il caso dei dispositivi medici) nei quali il celere avanzare del progresso tecnologico

¹⁵ A. QUERCI, *Biotechnologie e scienze della vita nelle recenti normative di origine comunitaria: le nuove frontiere della responsabilità civile*, in "Resp. civ. e prev.", 2010, fasc. I, p. 231.

¹⁶ A. QUERCI, *ibidem*.

¹⁷ G. BENACCHIO, *op. cit.*, p. 70 s.

co, alimentato anche dalle necessità di cure, sempre più progredite 'invocate' dai pazienti, in particolare e dal settore sanitario, in generale, non è spesso bilanciato da una completa consapevolezza circa i possibili rischi derivanti dall'uso dei prodotti messi in commercio. Si tratta di rischi spesso difficilmente prevedibili al momento della messa in circolazione del prodotto; senza contare che spesso il difetto di un prodotto si manifesta solo al momento del suo utilizzo o comunque dopo un uso prolungato o, talvolta, in seguito ad un non corretto utilizzo del bene stesso.

Come si è visto, dunque, il principale ostacolo alla invocabilità della disciplina comunitaria in tema di responsabilità del produttore (ora trasfusa nel Codice del consumo) riguarda la causa di esonero prevista in favore del fabbricante costituita dalla c.d. eccezione del rischio da sviluppo. Infatti, la previsione, contenuta all'interno della direttiva comunitaria n. 374/1985, di tale possibilità, offerta al produttore per andare esente da responsabilità, avrebbe dato vita ad una forma di responsabilità per colpa del fabbricante (più favorevole a quest'ultimo), piuttosto che oggettiva, così snaturando l'impianto originario della direttiva stessa. Tale considerazione pare sufficiente a spiegare le motivazioni dello scarso ricorso alla normativa di matrice comunitaria da parte dei danneggiati da un prodotto difettoso e la scelta di utilizzare la 'vecchia' disciplina codicistica, azionando talvolta l'art. 2043 (responsabilità extracontrattuale), pur con tutti i limiti tradizionalmente insiti in tale forma di responsabilità (particolarmente in punto di onere probatorio posto a carico del consumatore-danneggiato), talaltra l'art. 2049 (responsabilità da cose in custodia) e l'art. 2050 (responsabilità derivante dall'esercizio di attività pericolose), essendo quest'ultime due previsioni codicistiche indubbiamente più favorevoli al danneggiato, quantomeno sotto il profilo probatorio, concretando ipotesi di responsabilità oggettiva del danneggiante.

4. Segue: l'eccezione del rischio da sviluppo nel diritto comunitario e in quello dei paesi membri

Come si è anticipato, se si analizzano le cause di esonero da responsabilità del produttore, previste segnatamente dall'art. 7, lett. e), dir. n. 374/1985, risulta che quest'ultimo può dimostrare, al fine di andare esente da responsabilità, che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui è stato messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire (ancora) l'esistenza del difetto. Si tratta di un'applicazione del principio della "eccezione del rischio di sviluppo", tipico dei sistemi di *common law*. Quindi, il produttore non è responsabile se non era in grado di conoscere i rischi connessi al prodotto, oppure se non pote-

va avere la certezza della sicurezza del bene, stante lo stato attuale delle conoscenze.

A ben vedere, della nozione di danno da sviluppo non è stata data dalla dottrina una definizione univoca, dipendendo questa dal modo in cui si intende la locuzione “stato delle conoscenze tecniche e scientifiche”¹⁸. Dunque, l’eccezione del rischio da sviluppo può essere interpretata in modo abbastanza elastico da parte della giurisprudenza¹⁹, a seconda che riguardi un dispositivo medico o altri tipi di prodotto. In realtà, il terreno privilegiato di applicazione dell’esimente in parola è proprio quello dei dispositivi medici, ad es. i prodotti farmaceutici²⁰, i cui effetti colla-

¹⁸ E. VISENTINI, *L’esimente del rischio di sviluppo come criterio della responsabilità del produttore. (L’esperienza italiana e tedesca e la direttiva comunitaria)*, in “Resp. civ. e prev.”, 2004, fasc. IV-V, p. 1292 s., la quale sottolinea come, considerando che l’evoluzione delle conoscenze tecniche e scientifiche non procede linearmente, né secondo conquiste che abbiano il carattere dell’unanimità e considerando che la comunità scientifica non è costituita da un unico ambiente in cui lo scambio di informazioni è potenzialmente immediato, è difficile stabilire quale sia lo stato delle conoscenze tecniche e scientifiche in un dato momento storico. Da un lato, occorre infatti stabilire, in assenza di omogeneità delle opinioni presenti nella comunità scientifica, quale sia quella che, in un dato momento, costituisce lo stato più avanzato delle conoscenze, dall’altro, visti i tempi di circolazione delle informazioni e la varietà delle lingue in cui un dato può essere immesso nel circuito informativo, occorre individuare la soglia oltre la quale un’informazione non può più dirsi accessibile.

¹⁹ La Corte di Giustizia dell’Unione europea si è espressa in materia con la sentenza C-300/95, nella quale sostiene che “per potersi liberare della propria responsabilità, ai sensi dell’art. 7, lett. e, della direttiva, il produttore di un prodotto difettoso deve dimostrare che lo stato oggettivo delle conoscenze tecniche e scientifiche, ivi compreso il loro livello più avanzato, al momento della immissione in commercio del prodotto considerato, non consentiva di scoprire il difetto di quest’ultimo”. Inoltre, sempre ad avviso dei giudici comunitari, “la disposizione di esonero non prende in considerazione lo stato delle conoscenze di cui il produttore considerato era o poteva essere concretamente o soggettivamente informato, ma lo stato oggettivo delle conoscenze scientifiche e tecniche di cui il produttore si presume informato”, ferma restando l’accessibilità di tali conoscenze al momento dell’immissione sul mercato del prodotto considerato. Sul punto v. le considerazioni espresse da M.G. STANZIONE, *Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato*, in “Comparazione e diritto civile”, 2010, p. 13, http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/cat_stanzione_saggio.pdf, la quale sottolinea come non si possa pretendere dal produttore l’onere di dimostrare l’assoluta innocuità del suo prodotto, poiché questo si tradurrebbe in un eccesso di cautela che comporterebbe, portato all’estremo, una paralisi del mercato e del progresso tecnologico; tuttavia, l’esimente da rischio di sviluppo non può tradursi in una deresponsabilizzazione del produttore. In tal senso, egli sarebbe tenuto, una volta venuto a conoscenza del difetto, ad attivarsi per evitare che si realizzino pregiudizi ai consumatori, mediante i c.d. *postmarket controls*, il monitoraggio continuo sulla sicurezza del bene, l’adeguata informazione dei consumatori in tutte le fasi della messa in circolazione, anche successive alla vendita.

²⁰ L’immissione sul mercato di prodotti farmaceutici è regolata dal d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, la cui rigorosa disciplina in materia di pubblicità (artt. 113-128) e di doveri di

terali siano sconosciuti al momento della messa in circolazione

Sempre con riferimento ai dispositivi medici, il produttore è considerato responsabile anche se ha rispettato le prescrizioni tecniche, necessarie per l'immissione in commercio del bene, così come previste dalle direttive comunitarie in materia e dalle relative disposizioni di attuazione²¹. Dunque, per quanto concerne l'operatività della clausola dei rischi da sviluppo in tale settore, la responsabilità del produttore permane anche quando egli ha osservato tutte le prescrizioni normative, cioè i requisiti previsti dalla legge, ma questi non corrispondono più allo stato della tecnica e dell'arte, poiché quest'ultima si evolve ad una velocità tale per cui il legislatore potrebbe non riuscire ad aggiornarli²².

Dall'esame della disciplina comunitaria emerge dunque che la responsabilità del produttore, sebbene prescinda dalla prova della sua colpevolezza, risulta comunque limitata e ben circoscritta. Innanzitutto, quella posta a carico del produttore non è una generica responsabilità per i danni derivanti dal suo prodotto, ma per i danni derivanti da un difetto del bene²³. Essa non sorge, quindi, per il semplice fatto che il prodotto ha causato un danno, come avviene nelle forme di responsabilità per rischio d'impresa, ma richiede necessariamente, quale suo presupposto, la presenza di un difetto del prodotto, cioè di un comportamento anti-giuridico del fabbricante il quale, mettendo in commercio un bene viziato, ha violato le legittime aspettative di sicurezza del consumatore; ne consegue che nessuna responsabilità potrà essere fatta valere contro il produttore, qualora il giudice ritenga che il prodotto rispondeva, al momento della sua immissione sul mercato, alle legittime aspettative di sicurezza del pubblico²⁴. Il legislatore comunitario non ha quindi posto a carico del fabbricante qualunque rischio di danno connesso all'attività pro-

informazione relativi al foglio illustrativo (art. 81, comma 2) e all'etichettatura (artt. 73-86) è chiaramente ispirata ad una logica precauzionale.

²¹ Il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 37, di recepimento della direttiva 2007/47/CE, ha apportato importanti modifiche ed integrazioni al d.lgs. 46/97, sui dispositivi medici, al d.lgs. 507/92, sui dispositivi medici impiantabili attivi e all'articolo 19 del d.lgs. 332/00, sui dispositivi medici diagnostici in vitro; il d.lgs. 08 settembre 2000, n. 332, di attuazione della direttiva 98/79/CE relativa ai dispositivi medico-diagnostici in vitro (emendato col d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 37); d.lgs. 24 febbraio 1997, n. 46, di attuazione della direttiva 93/42/CEE, concernente i dispositivi medici (emendato col d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 37); d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 507, di attuazione della direttiva 90/385/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi (emendato col d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 37).

²² D. DI LORETO, *op. cit.*, p. 208.

²³ E. VISENTINI, *op. cit.*, p. 1288.

²⁴ E. VISENTINI, *ibidem*.

duttiva, bensì li ha distribuiti nel modo più equo tra produttore e consumatore²⁵.

In ogni caso, la direttiva comunitaria stabiliva che gli Stati membri, in sede di attuazione della stessa, potevano prevedere (o mantenere) nella propria legislazione che il produttore fosse comunque responsabile del danno, anche nell'ipotesi in cui avesse dimostrato che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto. Tuttavia, la quasi totalità dei paesi ha deciso di includere l'esimente all'interno della propria normativa di attuazione. In particolare, nell'ordinamento giuridico francese, sia il legislatore, che la giurisprudenza, addossavano al produttore il rischio dello sviluppo; tuttavia, la legge di attuazione della direttiva ha rinunciato alla possibilità di deroga offerta da quest'ultima, addossando al danneggiato il rischio dello sviluppo. Anche la Germania e l'Italia hanno deciso di rimanere 'fedeli' alla direttiva, prevedendo, dunque, l'esclusione della responsabilità per il rischio dello sviluppo, che viene così a ricadere sul consumatore-danneggiato. Per quanto riguarda, invece, l'Inghilterra, la legge di attuazione, oltre ad affermare che il produttore non è responsabile quando il difetto dipende da una insufficiente conoscenza tecnico-scientifica, richiede anche che la valutazione del giudice debba tener conto di ciò che normalmente fanno gli altri produttori di un bene analogo²⁶.

5. L'orientamento giurisprudenziale comunitario in tema di dispositivi medici difettosi

Anche se in poche occasioni, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di occuparsi della questione del danno derivante dall'utilizzo di prodotti difettosi, in particolare proprio di dispositivi medici. Dall'esame delle pronunce in materia emerge un *trend* giurisprudenziale orientato, sempre più, verso un rafforzamento della posizione del danneggiato, soprattutto con riferimento all'assolvimento della prova del danno patito da quest'ultimo in conseguenza dell'uso del bene difettoso.

²⁵ E. VISENTINI, *ibidem*, la quale sottolinea come dalla stessa definizione di prodotto difettoso, quale prodotto che non presenta la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, tenuto conto di tutte le circostanze, risulti evidente che, accanto alle aspettative di sicurezza del pubblico, assumono rilievo, ai fini della determinazione della responsabilità, anche le aspettative del produttore rispetto ad un utilizzo del prodotto corretta e conforme alle istruzioni.

²⁶ Sul punto v. *amplius* G. BENACCHIO, *op. cit.*, p. 378 ss.

In realtà, già nel 2001, in una importante sentenza nel c.d. caso Veedfald²⁷, la Corte del Lussemburgo aveva riconosciuto la diretta applicabilità della normativa in materia di responsabilità del produttore in un caso in cui l'utilizzo, all'interno di un ospedale pubblico, di una soluzione (fabbricata dai laboratori della farmacia di un altro ospedale, anch'esso pubblico e gestito dal medesimo ente) destinata a preparare un organo per un trapianto, aveva danneggiato irrimediabilmente l'organo stesso, impedendo l'operazione chirurgica²⁸.

Anche nelle successive sentenze emanate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea emerge, in modo abbastanza nitido, la volontà del supremo giudice comunitario di tutelare la posizione del paziente, danneggiato da un difetto o malfunzionamento di dispositivi medici.

L'ultima sentenza emanata in tema di responsabilità del produttore, poi, segna un deciso punto a favore del consumatore-paziente, soprattutto per quanto riguarda l'assolvimento dell'onere probatorio incombenente su quest'ultimo²⁹. Il procedimento, dal quale nasceva poi il rinvio pregiudiziale operato in favore della Corte di giustizia, contrapponeva una società tedesca, importatrice per l'Europa di *pacemaker* e defibrillatori automatici impiantabili, a due enti tedeschi di assicurazione sanitaria obbligatoria; la controversia nasceva dalle domande, presentate da quest'ultimi, per ottenere il rimborso dei costi connessi all'impianto di stimolatori cardiaci e di un defibrillatore automatico, prodotti da una società americana, ma appunto importati e commercializzati nell'Unione europea da una azienda tedesca. Essa, dunque, importava e commercializzava in Germania dei *pacemaker* (prodotti negli Stati Uniti) e commercializzava in Europa dei defibrillatori automatici impiantabili, prodotti direttamente da quest'ultima. La società tedesca, in una lettera del 22 luglio 2005 inviata in particolare ai medici curanti, indicava che il proprio sistema di controllo di qualità aveva permesso di accertare che un componente utilizzato per sigillare ermeticamente i *pacemaker*, da essa commercializzati, po-

²⁷ Corte di giustizia, sentenza 10 maggio 2001, causa C-203/99.

²⁸ Il Sig. Veedfald era stato ricoverato presso un ospedale pubblico della Danimarca per essere sottoposto ad un trapianto di rene. Dopo essere stato espantato dal donatore (nella specie, il fratello del Sig. Veedfald), il rene veniva sottoposto ad un particolare trattamento consistente nell'irrorazione dell'organo con un liquido di perfusione destinato a tale scopo. Sfortunatamente, a causa di un difetto di tale liquido, un'arteriola del rene si ostruiva impedendo l'irrorazione e rendendo inutilizzabile il rene. A tale riguardo, giova sottolineare che il liquido in questione era stato prodotto nei laboratori dell'ospedale di un altro comune danese, per essere utilizzato nell'ospedale ove era stato ricoverato il Sig. Veedfald; i due ospedali erano di proprietà del, e gestiti dal medesimo ente pubblico.

²⁹ Corte di giustizia, sentenza 05 marzo 2015, cause riunite C-503/13 e C-504/13.

teva essere soggetto ad un eventuale progressivo guasto³⁰; di conseguenza, l'azienda tedesca raccomandava ai medici di prevedere la sostituzione dei *pacemaker* portati dai loro pazienti. Nonostante l'estinzione del diritto di garanzia, la società si impegnava, in modo gratuito, a mettere degli apparecchi sostitutivi a disposizione dei pazienti che utilizzavano tali prodotti e di coloro per i quali i medici avrebbero eventualmente ritenuto preferibile procedere ad una sostituzione. A seguito di tale raccomandazione, i *pacemaker* precedentemente impiantati a due pazienti, entrambi beneficiari di una copertura assicurativa presso un ente tedesco di assicurazione sanitaria obbligatoria, venivano sostituiti da altri prodotti, forniti gratuitamente dal fabbricante.

Ai fini della soluzione della controversia portata innanzi alla Corte di Cassazione tedesca (BGH)³¹ veniva in rilievo la direttiva sulla responsabilità del produttore. Invero, la questione fondamentale riguardava la possibilità di considerare i *pacemaker* e il defibrillatore automatico impiantati negli organismi degli assicurati quali prodotti difettosi ai sensi dell'art. 6, par. 1, della direttiva 85/374.

In primo luogo, la Corte di giustizia dell'UE svaluta l'assunto, diffuso negli ambienti medici specializzati, in virtù del quale si ritiene che, in caso di impianto di un *pacemaker* o di un defibrillatore automatico, non possa essere garantita una totale sicurezza: ad avviso dei giudici comunitari, infatti, proprio in considerazione del pericolo di vita derivante da un dispositivo difettoso, in linea di principio, il paziente dovrebbe potersi legittimamente attendere una percentuale di guasto del dispositivo impiantato prossima allo zero.

Il punto fondamentale della controversia ha ad oggetto la corretta interpretazione dell'art. 6, par. 1, della direttiva 85/374, ovvero se quest'ultimo debba essere interpretato nel senso che un prodotto, laddove si tratti di un dispositivo medico impiantato nel corpo umano (nella fattispecie un *pacemaker* e un defibrillatore automatico impiantabile), sia da considerarsi difettoso per il solo fatto che *pacemaker* dello stesso gruppo presentino un rischio di guasto sensibilmente superiore (o qualora sia emerso un malfunzionamento in un numero considerevole di defibril-

³⁰ Tale guasto avrebbe potuto avere, come conseguenza, un esaurimento precoce della pila con arresto della telemetria e/o della terapia per stimolazione cardiaca, senza preavviso.

³¹ Uno dei due enti tedeschi di assicurazione sanitaria obbligatoria, surrogato nei diritti dei due pazienti, chiedeva la condanna della società tedesca al risarcimento dei costi connessi agli impianti dei primi *pacemaker*, aggiornati alle date di sostituzione dei summenzionati prodotti.

latori della stessa serie), nonostante nel dispositivo impiantato nel caso specifico non siano state riscontrate anomalie. Al fine di rispondere a tale questione la Corte di giustizia preliminarmente rileva che, come emerge dal citato articolo della direttiva in parola, un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze e, in particolare, della presentazione di tale prodotto, dell'uso al quale esso può essere ragionevolmente destinato e del momento della sua messa in circolazione. Peraltro, conformemente al sesto considerando della direttiva 85/374, tale valutazione va effettuata alla luce delle legittime aspettative del grande pubblico. Ad avviso della Corte del Lussemburgo, la sicurezza che ci si può legittimamente attendere deve essere dunque valutata tenendo segnatamente conto della destinazione, delle caratteristiche e delle proprietà oggettive del prodotto di cui trattasi, nonché delle peculiarità del gruppo di utenti cui è destinato il prodotto in questione. Per quanto attiene, nello specifico, ai dispositivi medici, quali i *pacemaker* e i defibrillatori automatici impiantabili, in considerazione della loro funzione e della situazione di particolare vulnerabilità dei pazienti che utilizzano tali dispositivi, i requisiti di sicurezza ad essi relativi, che i pazienti possono legittimamente attendersi, sono particolarmente elevati. Per i giudici comunitari, anche l'accertamento di un potenziale difetto dei prodotti appartenenti al medesimo gruppo o alla medesima serie di produzione consente di qualificare come difettosi tutti i prodotti di tale gruppo o di tale serie, senza che occorra dimostrare il difetto del prodotto interessato. Una siffatta interpretazione sarebbe in armonia con gli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione europea volti in particolare, come emerge dai considerando secondo e settimo della direttiva 85/374, ad assicurare una giusta ripartizione dei rischi inerenti alla produzione tecnica moderna tra il danneggiato e il produttore.

6. La figura del consumatore-paziente tra uso di dispositivi medici e tutela della salute

La sentenza in commento è fortemente innovativa poiché sancisce, in tema di responsabilità del produttore, un 'alleggerimento' dell'onere probatorio a carico del danneggiato. Infatti, quest'ultimo non dovrà necessariamente dimostrare la difettosità del prodotto da lui utilizzato, prova che talvolta può risultare difficile o addirittura impossibile: si pensi ad es. che, proprio nella vicenda in esame, i *pacemaker* espianati dai pazienti erano stati distrutti senza essere stati oggetto di una perizia riguardante il loro funzionamento. In base a tale arresto giurisprudenziale si

profila dunque, per il consumatore, la possibilità di assolvere all'onere probatorio, su di lui incombente, mediante una "prova per *relationem*" essendo sufficiente, per questi, dimostrare la presenza del difetto in prodotti appartenenti allo stesso gruppo o alla medesima serie di produzione di quello da lui utilizzato.

Il *revirement* giurisprudenziale in senso più favorevole al consumatore, in tema di assolvimento dell'onere probatorio incombente su quest'ultimo, danneggiato dalla difettosità di un prodotto, è evidente ove si tenga conto che la giurisprudenza italiana ha, fino ad ora, interpretato la direttiva comunitaria nel senso che, in tema di danno da prodotto difettoso (si pensi, ad es., alla vicenda del danno subito dalla paziente per la rottura della protesi mammaria) la prova che il danneggiato deve offrire riguarda l'anomalia dei risultati derivanti dall'uso del prodotto (utilizzato dal consumatore) rispetto alle normali aspettative e tali da evidenziare la sussistenza di un difetto, senza alcun riferimento alla possibilità, per il danneggiato, di assolvere a tale onere probatorio mediante un riferimento alla eventuale difettosità di prodotti appartenenti alla stessa serie o allo stesso gruppo di quello 'incriminato'.

Resta da vedere se quest'orientamento, inaugurato dai giudici comunitari, volto a tutelare la posizione del consumatore, verrà confermato in successive sentenze emanate in tema di danno derivante dall'utilizzo di un prodotto difettoso, soprattutto in ipotesi in cui, come nel caso in commento, risulti complicato, per l'utilizzatore, fornire la prova della difettosità del prodotto.

Per quanto riguarda le motivazioni che hanno spinto all'affermazione, da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, di una sorta di 'presunzione di difettosità', scaturente dalla riscontrata presenza del difetto in prodotti 'consimili' a quello utilizzato dal danneggiato, è legittimo chiedersi se le conclusioni della Corte del Lussemburgo siano state determinate dal fatto che la controversia avesse ad oggetto la difettosità di un particolare tipo di prodotto, ovvero un dispositivo medico e quindi, in ultima analisi, siano state influenzate dalla volontà di tutelare la persona fisica in quanto paziente, piuttosto che in quanto consumatore. Non è infatti da escludere che le statuizioni dei giudici comunitari siano state determinate dalle particolarità del soggetto e dell'oggetto che venivano in rilievo nella vicenda in esame. Per quanto riguarda il soggetto, la Corte di giustizia ha probabilmente tenuto conto della particolare 'qualità' della persona, utilizzatrice del bene, dimostrando così di voler tutelare, in modo rafforzato, la salute del paziente. Per quanto riguarda, invece, l'oggetto, inteso quale prodotto (o bene) "acquistato" dal consumatore, l'utilizzo, da parte di quest'ultimo, di un dispositivo medico

che, per sua natura, ha la primaria finalità di tutelare la salute umana, pare sufficiente a giustificare un *revirement* giurisprudenziale in materia di responsabilità del produttore. La stessa Corte, del resto, ha ritenuto che, per quanto attiene ai dispositivi medici, i requisiti di sicurezza sono particolarmente elevati, proprio in considerazione della loro funzione, nonché della situazione di particolare vulnerabilità dei pazienti che utilizzano questi dispositivi.

Inoltre, tale sentenza dimostra la volontà dei giudici comunitari di tutelare il consumatore in tutte le sue vesti; non solo dunque quale acquirente di beni o utilizzatore di servizi, quale assicurato, risparmiatore, investitore, bensì anche quale paziente. Tale esigenza di tutela richiede, da un lato, la previsione, da parte del legislatore comunitario, di disposizioni normative *ad hoc*, dall'altro lato, la possibilità, da parte del giudice comunitario, di applicare la legislazione vigente adattandola, di volta in volta, alla specifica posizione soggettiva rivestita dal paziente.

Del resto, la stessa direttiva in materia di responsabilità del produttore (a differenza di quella dettata in tema di clausole vessatorie) pare orientata a tutelare l'utilizzatore del prodotto (difettoso), piuttosto che il consumatore, in tal modo ampliando la cerchia dei possibili beneficiari della normativa di matrice comunitaria. Tale interpretazione è stata ribadita proprio dalla giurisprudenza di legittimità italiana che, in una recente sentenza avente ad oggetto il caso di un chirurgo che, in occasione di un intervento chirurgico, a causa di una pinza difettosa, aveva riportato un danno (parestesie a due dita della mano destra), ha avuto modo di precisare che la normativa comunitaria in materia di responsabilità del produttore si applica anche alle ipotesi in cui il danneggiato sia un 'consumatore esperto'³². Infatti, nel caso in esame la Suprema Corte ha riconosciuto la possibilità, per il medico danneggiato, di invocare la normativa contenuta nel Codice del consumo, a nulla valendo le obiezioni della controparte (la società produttrice della pinza) che sosteneva l'impossibilità, per il sanitario, di giovare della disciplina dettata dalla direttiva comunitaria, in quanto quest'ultimo avrebbe agito nell'esercizio della propria attività professionale e non come consumatore, ovvero come persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta³³. Secondo la Corte di Cassazione la disciplina emanata con il D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (che ha dato attuazione alla direttiva comunitaria n. 374/1985), ora confluita nel Codi-

³² Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2013, n. 13458.

³³ Cass. civ., *ibidem*.

ce del consumo, ha per oggetto il danno da prodotto difettoso e consegue all'utilizzo di quest'ultimo. Legittimati ad agire sulla base delle specifiche disposizioni dettate dalla suddetta disciplina sono, dunque, tutti i soggetti che in qualche modo si sono trovati esposti, anche in maniera occasionale, al rischio derivante dal prodotto difettoso, riferendosi alla tutela accordata all'utilizzatore in senso lato e, quindi, indubbiamente ad una persona fisica, ma non esclusivamente al consumatore o utilizzatore non professionale. Inoltre, aggiungono i giudici di legittimità, manca, nella normativa in esame, uno specifico riferimento al 'consumatore' poiché il legislatore comunitario fa un più generico richiamo al c.d. 'soggetto danneggiato'.

L'attribuzione, da parte della Suprema Corte, della legittimazione ad agire in favore del medico è stata criticata da una parte della dottrina, in quanto fondata essenzialmente su argomentazioni di tipo letterale³⁴, poiché la disciplina in esame non conterrebbe uno specifico riferimento al consumatore, bensì al danneggiato, all'acquirente ed all'utilizzatore³⁵. Inoltre, si è osservato come nel caso di utilizzo di un prodotto nell'esercizio di una attività professionale non sussisterebbero quei presupposti che giustificano la speciale disciplina di favore originariamente prevista dal D.P.R. n. 224/1998 ed ora trasfusa nel Codice del consumo (artt. 114 ss.), anche in considerazione della "discriminazione" che ne deriverebbe in tema di legittimazione attiva, poiché quest'ultima sarebbe possibile solo per le persone fisiche che esercitano un'attività professionale, ma non anche per le persone giuridiche che svolgono la medesima attività³⁶.

7. Il principio di precauzione nel formante legislativo e giurisprudenziale

Le conclusioni alle quali è giunta la Corte di giustizia nella vicenda in esame potrebbero essere state determinate dall'utilizzo, da parte dei giudici comunitari, del c.d. principio di precauzione, seppur quest'ultimo non venga direttamente richiamato nella parte motiva della sentenza. La pronuncia giurisprudenziale in commento potrebbe allora segnare la definitiva 'trasmigrazione' di un principio, dal settore della tutela

³⁴ Così L. DE BENEDETTO, *Legittimazione ad agire, oneri probatori del danneggiato, conferme e richiami della Suprema Corte in materia di responsabilità da prodotto difettoso*, in "Corriere giur.", 2014, fasc. I, p. 36.

³⁵ Cfr. artt. 116, 119, 120 Cod. cons.

³⁶ Tale discrasia è messa in evidenza da L. DE BENEDETTO, *op. cit.*, p. 39.

ambientale (e, quindi, di riflesso anche della protezione della salute umana) al settore del diritto dei consumatori, in considerazione della necessità, peraltro sempre più avvertita a livello comunitario, di tutelare la salute dell'individuo, in quanto paziente-utilizzatore di un bene, piuttosto che in quanto consumatore-acquirente di un prodotto.

Storicamente, l'utilizzo giuridico del principio di precauzione si riscontra dapprima in alcune fonti nazionali ed internazionali, segnatamente nella legislazione tedesca degli anni '70, nonché in occasione delle conferenze sul Mare del Nord degli anni '80, per poi trovare consacrazione globale nella Conferenza di Rio de Janeiro del 1992³⁷. Anche l'Unione europea ha progressivamente riconosciuto sempre più spazio al principio di precauzione, prima con riferimento alla tutela dell'ambiente e della salute, successivamente anche rispetto alla materia della tutela del consumatore³⁸.

Invero, il TFUE sancisce oggi il principio di precauzione solamente in materia di politica ambientale dell'Unione, precisamente all'art. 191 (ex art. 174, par. 2 TCE). In realtà, già dalla lettura della citata disposizione, unitamente ad altre del Trattato, si è indotti a delinearne un campo di possibile rilevanza giuridica più ampio. L'art. 191, par. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea definisce la politica ambientale come comprensiva della "salvaguardia, tutela e miglioramento dell'ambiente; della protezione della salute umana; dell'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali". La tutela della salute umana è dunque certamente suscettibile di essere governata da misure di carattere precauzionale³⁹. Ciò è tanto più vero in quanto l'art. 168 del TFUE, relativo alla competenza comunitaria in materia di sanità pubblica, sancisce che "nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività della Comunità è garantito un livello elevato di protezione della salute umana". Di conseguenza, le misure di tutela della salute e della sicurezza dei consumatori dovrebbero farvi parte, essendo tese a proteggerne lo stato di salute psico-fisico, rimanendo esclusi invece gli altri campi della tutela dei consumatori di cui all'art. 169 TFUE, ovvero la difesa degli interessi economici, l'informazione ed educazione, l'organizzazione dei consumatori⁴⁰.

³⁷ F. PERNAZZA, *Diritto e tecnica nella legislazione europea*, in "Europa e dir. priv.", 2007, fasc. III, p. 655.

³⁸ F. PERNAZZA, *ivi*, p. 655 s.

³⁹ In tal senso P. PALLARO, *Il principio di precauzione tra mercato interno e commercio internazionale: un'analisi del suo ruolo e del suo contenuto nell'ordinamento comunitario*, in "Dir. comm. internaz.", 2002, fasc. I, p. 21, il quale sottolinea come in talune ipotesi sarebbero 'ingiustificati' atti che violino in modo manifesto questo principio.

⁴⁰ Così P. PALLARO, *ivi*, p. 21 s.

Come specificato dalla Commissione europea nella Comunicazione n. 1 del 2000, dal titolo "Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione", "anche se nel Trattato il principio di precauzione viene menzionato esplicitamente solo nel settore dell'ambiente, il suo campo d'azione è molto più vasto. Esso comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obbiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto".

L'applicazione del principio di precauzione costituisce dunque un superamento delle precedenti logiche fondate su un'ottica riparatoria e, ove possibile, preventiva, volte al contenimento del rischio e alla tutela di beni essenziali, su tutti l'ambiente e la salute dell'uomo⁴¹. In tema di salvaguardia del diritto alla salute (e di quello all'ambiente), la giurisprudenza comunitaria ha operato spesso un richiamo a tale principio⁴², in forza del quale "quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata dei rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi"⁴³. I giudici comunitari hanno avuto modo di applicare tale principio pronunciandosi, ad es., in materia di

⁴¹ In tal senso M.G. STANZIONE, *op. cit.*, p. 2. L'Autrice sottolinea (p. 1 ss.) come dalle prime teorizzazioni nella dottrina americana degli anni '60 si sia passati, negli anni successivi, alla positivizzazione di un primo nucleo del principio di precauzione nell'ordinamento tedesco, dove a seguito del disastro ecologico delle "piogge acide" (*Waldsterben*) che devastarono la Foresta Nera si fece strada l'esigenza di una tutela rafforzata dell'ambiente dai pericoli insiti nel progresso scientifico-tecnologico. Il *Vorsorgeprinzip* risponde a tali istanze, non solo prevedendo un intervento diretto dell'autorità *prima* del verificarsi del danno, ma anche in assenza di certezze scientifiche sull'avverarsi dei rischi temuti. In quest'ultimo aspetto risiede la principale differenza con il principio di prevenzione, il quale si applica soltanto in presenza di rischi scientificamente accertati e dimostrabili, ovvero sia in presenza di rischi noti, misurabili e controllabili. La precauzione, al contrario, interviene quando la scienza non è in grado di dare risposte certe su rischi inaccettabili per la collettività. Essa serve per gestire rischi potenziali ma non ancora individuati oppure non del tutto dimostrabili per insufficienza o inadeguatezza dei dati scientifici.

⁴² Sul punto v. *amplius* N. LIPARI, *Persona e mercato*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", 2010, fasc. III, p. 763.

⁴³ Cfr. Corte di giustizia, 9 settembre 2003, causa C-263/01, in "Foro it.", 2004, pt. IV, c. 245 ss. V. anche sentenze 5 maggio 1998, causa c-157/96, National Farmers' Union e a., Racc. p. I-2211, punto 63, e causa c-180/96, Regno Unito/Commissione, Racc. p. I-2265, punto 99.

rischio di trasmissione dell'encefalopatia spongiforme bovina⁴⁴.

L'operatività del principio di precauzione non si riscontra solo a livello comunitario, bensì anche a livello dei singoli Stati membri. Il principio è stato positivizzato per la prima volta in Germania, paese nel quale ha trovato spazio nel settore della gestione delle acque o di utilizzazione di sostanze chimiche. Anche in ordinamenti quali la Svezia, la Spagna⁴⁵ e l'Olanda, il principio ha trovato applicazioni nella disciplina di settore, come nella legislazione sugli OGM. In Svizzera, nel 2007, è stata presentata una proposta per l'introduzione del principio di precauzione nella Costituzione federale; iniziativa che tuttavia non ha avuto seguito⁴⁶. Particolare attenzione merita l'interessante esperienza francese, dove il principio di precauzione è stato utilizzato dal legislatore in materia di protezione dell'ambiente⁴⁷, mentre nel marzo 2005 esso è stato elevato addirittura a norma costituzionale⁴⁸.

⁴⁴ Secondo la Corte "quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono adottare misure protettive senza dovere attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi".

⁴⁵ Tuttavia, la Costituzione spagnola contiene, all'art. 45, un espresso riferimento alla tutela dell'ambiente a garanzia di un adeguato sviluppo della persona, da perseguire soprattutto mediante il principio di prevenzione.

⁴⁶ M.G. STANZIONE, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁷ Ciò è avvenuto con la *Loi Barnier* del 2 febbraio 1995 n. 95. Successivamente, il principio di precauzione è stato inserito nel Codice dell'ambiente (art. L. 110-1), dove è assunto a principio fondamentale per la tutela delle risorse naturali, del paesaggio, delle specie animali e vegetali.

⁴⁸ Infatti, è stato inserito nel preambolo della Costituzione un richiamo alla *Charte de l'environnement*, il cui art. 5 sancisce che: "qualora il verificarsi di un danno, benché incerto allo stato delle conoscenze scientifiche, sia suscettibile di colpire in modo grave e irreversibile l'ambiente, le autorità pubbliche vegliano, in applicazione del principio di precauzione e nelle loro sfere di competenza, alla messa in opera di procedure di valutazione del rischio e all'adozione di misure provvisorie e proporzionate al fine di far fronte alla realizzazione del danno". Sul punto v. M.G. STANZIONE, *op. cit.*, p. 5, la quale sottolinea come la costituzionalizzazione del principio di precauzione, salutata dalla dottrina francese come tappa decisiva della sua evoluzione, soprattutto a seguito della riforma del 2008 che introduce l'eccezione di incostituzionalità, se da un lato ne consacra il carattere direttamente invocabile e ne traccia con maggiore chiarezza il profilo, dall'altro pone un doppio limite al principio medesimo, poiché ne restringe l'operatività al campo della tutela ambientale e individua i suoi destinatari nelle autorità pubbliche. La norma, in effetti, prende in considerazione esclusivamente i danni gravi e irreversibili all'ambiente, non facendo cenno alcuno alla tutela della salute. D'altra parte, il medesimo legislatore ordinario sceglie di non menzionare il principio di precauzione nella legge del 2002 sulle politiche sanitarie e in quella del 2004 sulla salute pubblica (l. 9.8.2004 n. 806). Tuttavia, in dottrina si è già individuata la norma sulla quale fondare un'estensione dell'area di azione del principio, e cioè l'art. 1 della medesima *Charte de l'environnement*, in virtù del quale "ciascuno ha il diritto di vivere in un ambiente equilibrato e rispettoso della salute", che riconosce il legame indissolubile tra salute dell'uomo e ambiente in cui vive.

Nell'ordinamento italiano, a differenza di quello francese, non si rinviene una norma generale che ponga la definizione del principio di precauzione. Ciononostante, esso ha avuto, fin dall'accoglimento nel diritto comunitario, grande risonanza, sia nel dibattito dottrinale, che in quello giurisprudenziale. In tal senso, i maggiori interrogativi si sono incentrati, partendo dalle specifiche situazioni di volta in volta tutelate dalla legge, sull'applicabilità del principio, sia nei casi in cui sia messo in pericolo il diritto fondamentale alla salute, così come sancito dall'art. 32 Cost., sia rispetto al bilanciamento dei valori costituzionali quali la salute, l'iniziativa economica privata, la proprietà⁴⁹. In Italia, il principio di precauzione è contenuto nella legge 22 febbraio 2001, n. 36 (c.d. Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici)⁵⁰. Dal quadro fin qui esposto risulta che, nonostante i riferimenti legislativi e le applicazioni giurisprudenziali del principio di precauzione, sia a livello nazionale, che sovranazionale, manca una definizione di quest'ultimo nella normativa (infatti il Trattato di Amsterdam non definisce tale principio); da ciò discende che esso può considerarsi ancora quale fonte consuetudinaria di diritto internazionale e quindi come regola procedurale suscettibile di adattamenti in base all'evoluzione giurisprudenziale.

L'assenza di una definizione del principio in parola non ha tuttavia impedito la formulazione di alcuni corollari che discenderebbero da quest'ultimo, ovvero: l'universalità dei destinatari (il principio di precauzione, per la sua funzione di regolatore di interessi nei settori della tutela della salute, della sicurezza umana e dell'ambiente, deve applicarsi a tutti i decisori, ovvero a tutti coloro che hanno il potere di iniziare o bloccare un'attività potenzialmente a rischio per altri); la specifica settorialità (gli ambiti di applicazione risiedono nel settore ambientale, sanitario, della sicurezza umana e dell'alimentazione); il legittimo sospetto (il rischio potenziale deve essere teorizzato sulla base di un'ipotesi scientificamente valida, formulata con ineccepibile rigore metodologico e su-

⁴⁹ M.G. STANZIONE, *ivi*, p. 9.

⁵⁰ Tale legge indica, tra le proprie finalità (art. 1), la garanzia di tutela della salute dei lavoratori, delle lavoratrici e della popolazione dagli effetti dell'esposizione a determinati livelli di campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici ai sensi e nel rispetto dell'art. 32 della Costituzione; la promozione della ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e l'attivazione di misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, par. 2, del Trattato di Amsterdam; la tutela dell'ambiente e del paesaggio, tramite la promozione delle azioni di risanamento volte a minimizzare l'intensità e gli effetti dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici secondo le migliori tecnologie disponibili.

scettibile di consenso di una parte, anche se minoritaria, della comunità scientifica); il carattere permanente della valutazione del rischio (per la ricerca e la produzione sistematica di tutte le prove necessarie) e la ridebilitazione delle misure adottate alla luce delle nuove conoscenze; la sostenibilità economica e sociale delle misure assunte; la riduzione del rischio a livelli accettabili come finalità prioritaria; la necessaria prospettiva di un danno grave (pur se non irreversibile); la trasparenza delle procedure valutative e l'informazione della collettività; la qualificazione di 'rischio accettabile' secondo schemi di giudizio concordati⁵¹.

Da quanto detto emerge dunque che il principio di precauzione, nel settore dei prodotti difettosi, in particolare quello dei dispositivi medici, pare destinato ad operare soprattutto in funzione successiva, rispetto al verificarsi di danni o in ipotesi di incertezza circa il loro (possibile) verificarsi. In tal modo, esso assolve ad una funzione di integrazione della legislazione in materia di sicurezza (dei prodotti), venendo in rilievo in taluni settori (è il caso dei dispositivi medici) pure in ipotesi di accertata conformità del prodotto (impresso in commercio) alle prescrizioni legislative che si impongono al produttore del bene. Inoltre, il principio in esame ben potrebbe assolvere ad una funzione di tutela del danneggiato, alternativa rispetto al sistema di responsabilità civile, soprattutto nel senso di anticipare l'operatività di quest'ultima, ma anche rispetto al sistema della gestione del rischio offerto dalla copertura assicurativa, eventualmente prevista a carico del produttore o del consumatore.

8. La responsabilità da prodotto difettoso negli Stati Uniti d'America: riflessioni alla luce dell'analisi economica del diritto

La tematica del danno da prodotto difettoso si presta anche ad una analisi di tipo economico-giuridico. Del resto, negli ultimi anni l'analisi economica del diritto ha preso ad oggetto della sua riflessione proprio la disciplina della responsabilità del produttore, assumendo come modello principale di riferimento la disciplina statunitense in materia⁵². Lo studio del sistema giuridico americano può essere utile al fine di prevedere le scelte che saranno effettuate dal legislatore e dal giudice comu-

⁵¹ Sul punto v. *amplius* P. GIROLAMI, *Il principio di precauzione. Alcune considerazioni alla luce dell'esperienza francese*, in "Riv. it. medicina legale" (dal 2012 "Riv. it. medicina legale e dir. sanitario"), 2002, fasc. III, p. 759 ss.

⁵² E. BAFFI, *La responsabilità del produttore nell'analisi economica del diritto*, in "Danno e resp.", 2013, fasc. I, p. 96.

nitario in materia, soprattutto rispetto al tema del bilanciamento tra principio di precauzione e rischio di sviluppo.

Fatta tale premessa, è possibile passare ad esaminare nello specifico la natura giuridica della responsabilità del produttore in ipotesi di danno causato da prodotti difettosi, evidenziando subito come negli Stati Uniti d'America si sia andata affermando una forma di responsabilità di tipo oggettivo; ciò perché un sistema di *strict liability* favorisce la razionalizzazione dell'attività dannosa delle imprese offrendo, al contempo, un'adeguata forma di compensazione ai consumatori⁵³. In presenza di un normale regime di responsabilità per colpa i consumatori sarebbero indotti, data la loro sistematica difficoltà di valutazione dei rischi inerenti all'uso dei prodotti, ad un eccesso nell'acquisto degli stessi realizzando così un elevato numero di eventi dannosi che rimarrebbero facilmente privi di compensazione (in considerazione delle difficoltà probatorie che il regime di responsabilità per colpa comporta, con i relativi aumenti di costi giudiziali per i singoli) e addossati in definitiva ai consumatori stessi⁵⁴.

L'introduzione della responsabilità oggettiva del produttore, invece, permetterebbe di trasferire al produttore il rischio del verificarsi del danno favorendo così, sia una riduzione del numero degli incidenti, sia una effettiva compensazione e distribuzione delle perdite; sotto un regime di *strict liability*, infatti, l'impresa avrebbe incentivo a ridurre il proprio livello di attività, nonché ad adottare le misure idonee a prevenire il rischio ovvero ad assicurarsi contro di esso, ripartendo poi tra il pubblico degli utenti il costo dell'assicurazione, implicitamente offerta ai consumatori attraverso l'inclusione di una frazione del premio assicurativo nel prezzo del prodotto (si tratta del c.d. meccanismo del *third party insurance*); in questo modo, il danno eventualmente patito dal consumatore verrebbe sempre risarcito, quasi automaticamente, attraverso una sorta di sistema assicurativo obbligatorio, mentre le singole perdite dovute ai prodotti insicuri risulterebbero ampiamente distribuite in misura minima tra tutti (*risk-spreading*) e i consumatori probabilmente spostereb-

⁵³ F. COSENTINO, *Responsabilità da prodotto difettoso: appunti di analisi economica del diritto*, in "Foro it.", 1989, pt. IV, col. 137, il quale sottolinea come secondo la teoria della responsabilità oggettiva i consumatori incontrerebbero rilevanti difficoltà di accesso alle informazioni concernenti le caratteristiche di pericolosità dei prodotti, a differenza delle imprese che, ovviamente, sono in grado di esercitare un controllo sul processo produttivo, potendo così più agevolmente accertare l'eventuale esistenza di difetti idonei a cagionare danni.

⁵⁴ F. COSENTINO, *ibidem*.

bero la propria domanda verso prodotti più sicuri (c.d. effetto distorsivo)⁵⁵. Senza contare che la responsabilità oggettiva potrebbe offrirebbe degli incentivi alle imprese per la ricerca di maggiori livelli di sicurezza dei prodotti⁵⁶.

La dottrina americana ha tuttavia criticato questo modello di responsabilità del produttore, utilizzato dai giudici, poiché esso avrebbe prodotto una diminuzione degli incentivi a 'prestare attenzione' da parte delle potenziali vittime (i consumatori), un appiattimento delle posizioni dei consumatori rispetto al rischio, nonché dei livelli di maggiore o minore sicurezza e quindi di prezzo dei prodotti disponibili sul mercato⁵⁷. Il sistema di responsabilità oggettiva per prodotti difettosi è stato ritenuto, da taluni, quale responsabile della crisi assicurativa che affligge l'ordinamento americano, poiché in seguito alla crescente espansione della responsabilità, le imprese si trovano a fronteggiare frequenti e spesso esorbitanti richieste di danni, mentre le compagnie di assicurazione, da parte loro, di fronte a delicati problemi di diversificazione del rischio, *adverse selection* e *moral hazard*, nonché praticamente all'inesistenza di limiti alle domande di risarcimento, si vedono costrette ad aumentare i premi assicurativi o a rifiutarsi del tutto di assicurare i prodotti e i servizi con rilevanti conseguenze sul mercato (si pensi al settore farmaceutico o comunque a quello delle prestazioni mediche); molti prodotti, infatti, vengono ritirati dalla vendita o subiscono improvvisi rialzi dei prezzi, mentre altri non vengono nemmeno introdotti sul mercato⁵⁸.

Di tale situazione pagano le spese, non solo le imprese, ma anche paradossalmente i consumatori (che invece si volevano tutelare con l'adozione del sistema di responsabilità oggettiva), in specie i gruppi dei consumatori meno inclini al rischio, perché più avveduti o quelli a reddito meno alto, ingiustamente discriminati da un sistema di assicurazione obbligatoria uguale per tutti (conseguenza del regime di responsabilità oggettiva utilizzato). Infatti, come è stato notato, imporre uno stesso prez-

⁵⁵ F. COSENTINO, *ivi*, col. 138.

⁵⁶ Sul punto cfr. F. COSENTINO, *ibidem*. Per quanto concerne gli effetti del regime della responsabilità oggettiva rispetto alla questione dei costi processuali, l'Autore (col. 138, nt. 7) sottolinea come quest'ultimi siano incerti poiché, se è vero che con la responsabilità per colpa l'accertamento di quest'ultima comporta costi più elevati per ogni singolo processo, un regime di responsabilità oggettiva farebbe lievitare il numero di azioni in giudizio, in ragione delle facilitazioni che gli attori incontrano sul piano della prova.

⁵⁷ F. COSENTINO, *ibidem*.

⁵⁸ F. COSENTINO, *ivi*, col. 138 s., il quale mette in rilievo come numerose imprese siano fallite producendo all'esterno dei costi sociali notevoli, costituiti dai danni non più risarcibili, mentre altre aziende hanno preferito ricorrere all'autoassicurazione.

zo per l'assicurazione senza distinguere tra il consumatore propenso al rischio e quello più diligente, tra il consumatore a reddito medio-alto e il consumatore a reddito basso, implica, attraverso la *adverse selection* che inevitabilmente si crea, una distribuzione di ricchezza da parte di una classe di consumatori (quelli meno impegnati in attività rischiose, quelli disposti a prestare maggiore attenzione nell'uso del prodotto) ad un'altra⁵⁹.

Tali considerazioni spiegano il fiorire di proposte per riformare l'attuale sistema americano di *products liability*, al fine di contenere l'area di operatività del regime di responsabilità oggettiva, eventualmente mediante l'introduzione di correttivi volti a spostare una parte del rischio nuovamente sul consumatore.

9. La responsabilità del produttore nell'UE tra rilievi economici ed esigenze giuridiche

A livello comunitario, l'attuale dibattito in tema di responsabilità del produttore è indubbiamente influenzato dalla contrapposizione tra il principio di precauzione, da un lato e l'eccezione del rischio da sviluppo, dall'altro.

Si è detto che il rischio di sviluppo è il rischio di danno la cui causa dipende dall'insufficienza dello sviluppo delle conoscenze tecniche e scientifiche al momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione, insufficienza che non ha permesso in quel momento di riconoscere che il prodotto era difettoso. Dalla responsabilità per questi danni il produttore è esonerato in quasi tutti i paesi europei, i quali non hanno sfruttato l'opzione, loro concessa dalla direttiva, di derogare alla regola che dispone la c.d. *state of art defence*.

La motivazione principalmente addotta a giustificazione del mantenimento dell'esimente in parola risiede nelle caratteristiche intrinseche dei difetti di sviluppo, i quali non sono solamente imprevedibili ma, a differenza dei difetti di fabbricazione (che imprevedibilmente ricadono su alcuni esemplari di una serie durante la produzione), sono anche statisticamente incalcolabili⁶⁰.

⁵⁹ F. COSENTINO, *ivi*, p. 139, il quale evidenzia come tale sistema porti inevitabilmente ad eliminare dal mercato prodotti meno sicuri, ma dai prezzi più accessibili, che possono essere oggetto di domanda da parte di chi, ancora, è in grado di svolgere attività a basso livello di rischio, o che comunque non risentirà danni di eccessivo ammontare da eventuali difetti del prodotto acquistato.

⁶⁰ E. VISENTINI, *op. cit.*, p. 1292.

Se il rischio dello sviluppo fosse addossato alle imprese, quest'ultime, nella prospettiva di doversi assumere rischi insuscettibili di calcolo, sarebbero indotte alla massima prudenza nella commercializzazione di prodotti nuovi, frenando così il processo di innovazione tecnica e scientifica. Inoltre, le compagnie di assicurazione si rifiuterebbero di assicurare i rischi di danno (poiché sarebbe difficile misurarne a priori l'entità), se non alzando notevolmente i premi assicurativi, che ovviamente finirebbero col compromettere la vita delle imprese stesse⁶¹.

Tali considerazioni hanno portato una parte della dottrina italiana alla conclusione che i rimedi per far fronte ai danni da sviluppo debbano essere ricercati al di fuori dell'impresa e, in ogni caso, non ricorrendo all'istituto della responsabilità civile, mentre altra parte della dottrina ha sottolineato che la responsabilità del produttore per i danni da sviluppo incentiverebbe le imprese ad investire nella ricerca per ridurre l'incertezza sulla pericolosità del prodotto; l'alternativa, per l'impresa, sarebbe quella di astenersi dall'attività; in entrambi i casi, dunque, si avrebbe una maggiore sicurezza dei prodotti in circolazione⁶².

Invero, le motivazioni che portano a ritenere il produttore responsabile (o meno) per il rischio dello sviluppo non sono soltanto di natura economica e sociale; infatti, a giustificare la responsabilità dell'impresa sarebbero sufficienti "elementari" ragioni di politica del diritto: il danno da sviluppo, seppur imprevedibile ed incalcolabile, deve essere sopportato dal produttore, cui è "naturalmente" imputabile, semplicemente "perché il rischio viene indotto dalla scelta che lo crea"⁶³. Da quanto detto emerge dunque che il fondamento della responsabilità deve essere ravvisato nel comportamento colposo del fabbricante, costituito dalla scelta che egli ha compiuto di mettere il prodotto in circolazione, accettando di far correre agli utilizzatori un rischio del quale si ignoravano le precise dimensioni; tale assunto è però facilmente obiettabile ove si tenga conto che non sempre il produttore è conscio dei rischi derivanti dall'utilizzo del proprio prodotto, né sempre si trova di fronte ad una scelta consapevole tra costi e benefici dell'immissione di un prodotto che non sia stato sottoposto ad accurata sperimentazione⁶⁴.

Per quanto concerne la prevalenza dei due principi in esame, ovvero quello di precauzione e quello dell'eccezione del rischio da sviluppo, quest'ultimo, dettato opzionalmente dalla direttiva comunitaria e re-

⁶¹ E. VISENTINI, *ibidem*.

⁶² E. VISENTINI, *ivi*, p. 1292 s.

⁶³ Così E. VISENTINI, *ivi*, p. 1293.

⁶⁴ E. VISENTINI, *ibidem*.

cepito dal diritto italiano ha, fino ad ora, resistito all'attacco del principio di precauzione, così come vi ha resistito il complesso apparato previsto dal legislatore comunitario⁶⁵. Certo, nell'operare il bilanciamento tra i due principi in commento, non si può prescindere dal tener conto che le problematiche relative alla responsabilità del produttore e alla tutela del consumatore sono oggi ulteriormente aggravate dall'incessante sviluppo tecnologico-scientifico, che si accompagna sempre più a rischi del tutto inediti e non certo prefigurabili quando venne introdotta nell'ordinamento comunitario l'ipotesi del rischio di sviluppo⁶⁶. Sempre più spesso ci si trova, inoltre, di fronte a prodotti in cui, anche se non si possiedono tutte le conoscenze scientifiche per valutare il *quomodo* dei rischi, si ha già tuttavia la coscienza della possibilità del loro verificarsi: si pensi alle nanotecnologie ed alle loro numerosissime applicazioni in campo medico e non; alle protesi, che entrano a far parte del corpo del paziente, con rischi non sempre immaginabili, legati ad es. alla loro tossicità⁶⁷.

Storicamente, negli anni '60 e '70, gli Stati membri dell'Unione europea si erano orientati nel senso di rafforzare, per ragioni politiche diverse, la tutela del consumatore nei confronti del produttore di beni difettosi⁶⁸. Tale atteggiamento è facilmente comprensibile ove si tenga presente che il periodo antecedente alla emanazione della direttiva del 1985 si caratterizzò per una marcata sfiducia nei confronti del produttore (si pensi al caso del Talidomide), nei riguardi del quale si invocava un regime di responsabilità aggravata. Tuttavia, il legislatore comunitario ha cercato di salvaguardare anche la posizione del produttore, così prevenendo il rischio di sviluppo, tenendo in debito conto proprio il caso dei prodotti farmaceutici; un settore nel quale il produttore è chiamato ad attivarsi non appena risuona il primo campanello d'allarme scientifico. Certo, non sono mancate critiche al modello del rischio di sviluppo, basate sulla constatazione che proprio nei settori caratterizzati da maggiore rischiosità e continui avanzamenti scientifici il legislatore avrebbe dovuto adottare dei criteri più severi nei riguardi del produttore, anziché esonerarlo da responsabilità, soprattutto ove vengano in rilievo difetti concernenti prodotti volti a tutelare la salute dell'utente (come quelli medi-

⁶⁵ G. COMANDÈ, *La responsabilità civile per danno da prodotto difettoso...assunta con "precauzione"*, in "Danno e resp.", 2013, fasc. I, p. 107.

⁶⁶ A. QUERCI, *Il rischio da sviluppo: origini ed evoluzioni nella moderna "società del rischio"*, in "Danno e resp.", 2012, fasc. XI S, p. 36.

⁶⁷ A. QUERCI, *ivi*, p. 38.

⁶⁸ D. CARUSO-R. PARDOLESI, *Per una storia della direttiva 1985/374/CEE*, in "Danno e resp.", 2012, fasc. XI S, p. 10.

cali, da cui ha preso avvio l'istituto)⁶⁹.

Ma, tant'è, nel campo della responsabilità del produttore le scelte legislative sono influenzate, non solo da motivazioni giuridiche (di politica del diritto), bensì anche da ragioni di ordine economico. Così si comprende, alla luce dell'analisi economica del diritto, la scelta del legislatore comunitario di prevedere una clausola di esonero da responsabilità in favore del produttore.

In Italia, come del resto nella quasi totalità degli altri paesi UE, si è prescelta la soluzione più favorevole alle imprese; tale scelta è stata dettata dalla finalità di non penalizzare la produzione interna rispetto a quella dei paesi che hanno optato per la soluzione opposta e dalla necessità di non frenare la ricerca in settori (come ad es. quello farmaceutico) che apportano indubbi benefici per la collettività e che però sono caratterizzati da rischi imprevedibili e, pertanto, difficilmente assicurabili⁷⁰. Invece, i paesi che hanno deciso di far gravare il rischio di sviluppo sul produttore sono stati il Lussemburgo, la Finlandia, la Germania (ma solo parzialmente e proprio con riferimento ai prodotti farmaceutici), la Spagna, in relazione ai medicinali o ai prodotti alimentari destinati al consumo umano e la Francia, con riferimento al danno causato da un elemento del corpo umano o dai prodotti da esso derivati.

Del resto, l'esperienza statunitense in materia ha fatto da maestra al legislatore comunitario, nel senso che la previsione dell'eccezione del rischio da sviluppo ha fatto venir meno il timore che in Europa potesse ripetersi quanto già accaduto negli USA negli anni '80, quando il proliferare delle cause contro i produttori e le conseguenti *overcompensation* e *overdeterrence* determinarono la crisi del mercato assicurativo e le case farmaceutiche minacciarono di non produrre più fondamentali vaccini o di far lievitare il prezzo dei farmaci, così costringendo il Governo federale e le Corti ad introdurre correttivi al sistema di *products liability*⁷¹.

Tuttavia, bisogna anche tener conto che, a differenza del sistema giuridico statunitense, nei paesi europei esistono sistemi di sicurezza sociale e di assicurazione sociale che rendono superfluo un regime di responsabilità del produttore severo come quello degli USA, paese nel quale sovente le sentenze hanno (anche) una funzione di sicurezza sociale 'camuffata'⁷².

⁶⁹ A. QUERCI, *ult. op. cit.*, p. 35.

⁷⁰ A. QUERCI, *ivi*, p. 33.

⁷¹ A. QUERCI, *ivi*, p. 42.

⁷² A. QUERCI, *Responsabilità da prodotto negli Usa e in Europa. Le ragioni di un revirement "globale"*, in "Nuova giur. civ.", 2011, fasc. II, p. 136, secondo la quale negli USA è stato spesso sollevato il timore che l'eccessivo sviluppo della responsabilità da prodotto, con con-

10. Conclusioni

L'analisi dell'ultima sentenza della Corte di giustizia emanata in tema di danno da prodotto difettoso è utile per tentare di comprendere i futuri scenari nei quali si troverà ad operare l'istituto della responsabilità del produttore, soprattutto per come esso è stato fino ad ora congegnato dal legislatore comunitario. *In primis*, è facile immaginare che sempre più persone, danneggiate dall'uso di un prodotto difettoso, in specie ove si tratti di un dispositivo medico, preferiranno azionare la normativa di matrice comunitaria (ora contenuta nel Codice del consumo), in luogo di quella codicistica (art. 2050 c.c.), quantomeno nelle ipotesi in cui risulti difficile la prova del danno e tuttavia quest'ultimo sia (già) stato riscontrato in prodotti 'simili' a quello utilizzato dal consumatore, *rectius* utilizzatore. Quanto detto vale soprattutto per il nostro paese poiché, come si è avuto occasione di anticipare in precedenza, la base normativa delle pronunce giurisprudenziali che hanno condannato il produttore è quasi sempre stata costituita dalle previsioni legislative contenute nel codice civile.

Resta da capire se in successivi arresti giurisprudenziali, che facciano utilizzo del principio espresso dalla Corte di giustizia nella sentenza del marzo 2015, in virtù del quale il danneggiato può limitarsi a provare che il difetto è presente in prodotti simili a quello che gli ha provocato un danno, l'eccezione del rischio di sviluppo, eventualmente invocata dal produttore, sia sufficiente a vincere la 'presunzione di colpevolezza' a suo carico. Riteniamo che ove i giudici intendano tenere in debita considerazione i rischi 'fisiologicamente' connessi all'evoluzione tecnologica, quest'ultimi non potranno non valorizzare l'esimente in discorso. A diversa conclusione dovrebbe giungersi ove la giurisprudenza intenda dare prevalenza alla posizione del consumatore-danneggiato; in tal caso, infatti, la dimostrazione, da parte di quest'ultimo, di un difetto 'seriale' del prodotto, potrebbe essere sufficiente, tenuto conto di tutte le altre circostanze del caso concreto, ad ottenere il risarcimento del danno patito in conseguenza dell'utilizzo del bene.

Il discrimine nella scelta dell'uno o dell'altro degli orientamenti er-

seguito incremento dei costi assicurativi e quindi dei prezzi dei prodotti, potesse rendere meno competitive le imprese produttrici americane sul mercato globale, soprattutto quelle di piccole dimensioni, non in grado di internalizzare i relativi costi. Anche in Italia, per vero, particolarmente in seguito all'emanazione delle 'sentenze gemelle' della Cassazione a Sezioni Unite del 2008 (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975), in "Resp. civ. e prev.", 2009, fasc. I, p. 38 ss., si è paventato, in dottrina, il rischio di un aumento dei premi assicurativi ed il ricorso a pratiche di 'medicina difensiva'.

meneutici appena citati potrebbe anche basarsi sul (diverso) 'tipo' di prodotto che, di volta in volta, viene ad essere 'incriminato' per la sua difettosità. Invero, l'orientamento seguito dalla Corte del Lussemburgo nelle ipotesi in cui veniva in rilievo la difettosità di un dispositivo medico si è dimostrato maggiormente indirizzato a salvaguardare la posizione dell'utilizzatore del bene. Tale atteggiamento dei giudici comunitari risulta, a nostro avviso, abbastanza comprensibile ed ha l'obiettivo di 'separare' le posizioni dei danneggiati in base al diverso oggetto che, di volta in volta, viene in gioco. In altri termini, il trattamento giuridico riservato ai prodotti aventi finalità terapeutiche (dispositivi medici) è diverso da quello riservato ai prodotti destinati ad un uso domestico, ricreativo, ecc.: si pensi ai casi decisi dalla giurisprudenza italiana riguardanti l'esplosione della caffettiera, piuttosto che la rottura della forcella di una *mountain bike*. Indubbiamente, in tutte e due le fattispecie descritte vengono in rilievo prodotti non destinati ad un uso professionale. Inoltre, la differenza tra le due 'categorie' di prodotti non riguarda le potenzialità lesive di quest'ultimi, poiché in entrambe le ipotesi citate la difettosità del bene, manifestantesi mediante la sua rottura, esplosione, incendio, ecc., è in grado di provocare la morte o comunque lesioni personali, anche gravi, al consumatore. Allora, la differenza tra le due categorie di beni deve, a nostro avviso, individuarsi nel diverso scopo per il quale quest'ultimi vengono acquistati. Infatti, un dispositivo medico viene acquistato, o comunque utilizzato, per fini terapeutici da un consumatore che viene così ad acquisire, almeno formalmente, la veste di 'paziente'; le aspettative che quest'ultimo ripone nella efficienza del bene, da intendersi quale assenza di difetti potenzialmente in grado di provocargli un danno, sono indubbiamente maggiori e tali da giustificare un diverso regime circa l'assolvimento dell'onere probatorio richiesto dai giudici al danneggiato.

D'altronde, la diversità di funzione rivestita dalle due categorie di prodotto in commento è stata tenuta in debita considerazione pure dalla giurisprudenza d'Oltreoceano. Infatti, proprio con riferimento all'area di operatività dell'eccezione del rischio da sviluppo, in una importante sentenza resa dalla Corte Suprema della California nel caso *Brown v. Abbot Laboratories*⁷³, i giudici americani hanno 'disapplicato' il modello della responsabilità oggettiva, in favore di quello basato sulla *negligence* (più favorevole, dunque, al produttore), distinguendo l'ipotesi del danno provocato dai dispositivi medici (nel caso in esame si trattava di un medi-

⁷³ Corte Suprema della California, 31 marzo 1988, in "Foro it.", 1989, pt. IV, col. 119 ss.

cinale 'difettoso'), ovvero di quei prodotti "*necessary to alleviate pain and suffering or to sustain life*", da quello dei prodotti usati "*to make easier or to provide pleasure*". Nella prima ipotesi, infatti, la responsabilità dell'impresa farmaceutica sussiste solo se quest'ultima non ha adeguatamente avvertito gli utilizzatori circa i rischi inerenti all'utilizzo del prodotto (medicinale), con riferimento a rischi noti o ragionevolmente conoscibili dal produttore, in armonia con quanto statuito dal "*comment K*" della *sec. 402A, Restatement 2d sui Torts*⁷⁴.

Resta infine da capire, immaginando future applicazioni da parte dei giudici comunitari della direttiva in tema di responsabilità del produttore, se l'esonero dalla prova della difettosità del bene che ha provocato un danno al consumatore verrà estesa a tutte le ipotesi di 'difetto seriale' (ovvero quello che riguarda una pluralità di prodotti del medesimo tipo); ciò perché in tale nozione rientrano, non solo i difetti di progettazione di un bene, bensì anche quelli di fabbricazione e di informazione⁷⁵.

Sempre l'esame del formante giurisprudenziale statunitense in materia porta ad ipotizzare che la sentenza emanata dalla Corte di giustizia potrebbe anche aprire le porte ad un utilizzo massiccio dell'azione di classe (a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti) che, per vero, stenta ancora a decollare nel nostro ordinamento giuridico⁷⁶. Invero, la responsabilità da prodotto difettoso potrebbe essere proprio uno dei settori di maggior operatività della *class action* e l'utilizzo di forme di tutela collettiva risarcitoria potrebbe rafforzare il livello di deterrenza⁷⁷. I vantaggi connessi all'utilizzo di forme di tutela collettiva risarcitoria, con particolare riferimento alla tutela del consumatore italiano, danneggiato dall'utilizzo di un prodotto difettoso, potrebbero ipotizzarsi anche semplicemente osservando i risultati che la *class action* ha (già) prodotto nell'esperienza statunitense⁷⁸. D'altronde, in dot-

⁷⁴ F. COSENTINO, *Responsabilità da prodotto difettoso: appunti di analisi economica del diritto*, in "Foro it.", 1989, pt. IV, col. 141.

⁷⁵ L. FRATA, *L'azione di classe e la responsabilità da prodotto difettoso: quali scenari futuri?*, in "Danno e resp.", 2012, fasc. XI S, p. 48.

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 140bis Codice del consumo, l'azione di classe tutela i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto (o servizio), nei confronti del relativo produttore, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contrattuale.

⁷⁷ L. FRATA, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁸ L. FRATA, *ivi*, p. 46, il quale sottolinea la necessità di tener conto delle innegabili divergenze ravvisabili tra il diritto italiano e quello statunitense in ordine alla materia dei *torts* (presenza della giuria, possibilità di condanna ai *punitive damages*, ecc.), nonché in ordine alla stessa azione di classe che, nel nostro ordinamento giuridico, assume caratteristiche diverse rispetto alla 'originaria' *class action* americana.

trina si è sottolineato come lo scarso utilizzo della normativa di matrice comunitaria in tema di responsabilità del produttore sia stato in buona parte determinato proprio dall'impossibilità, per i consumatori danneggiati, di accedere, in ipotesi di difetto seriale (e quantomeno fino all'introduzione in Italia della *class action*), a tale tipo di azione⁷⁹.

Certo, qualche dubbio riteniamo possa essere avanzato rispetto ad un uso 'indiscriminato', da parte della giurisprudenza, del principio recentemente statuito dalla Corte del Lussemburgo nella sentenza del marzo 2015. Il primo timore riguarda proprio l'operatività della *class action* in *subiecta materia* poiché, se la giurisprudenza italiana, in seguito ad un *revirement*, cominciasse ad accogliere in massa le azioni collettive proposte da consumatori, danneggiati dall'utilizzo di un bene, affetto da un difetto seriale, esonerando quest'ultimi dal dimostrare la difettosità del singolo prodotto usato, allora potrebbe ripetersi quanto accaduto negli Stati Uniti d'America. Un *trend* giurisprudenziale del genere, esaminato alla luce dell'analisi economica del diritto, produrrebbe un aumento dei costi di produzione per il fabbricante, nonché un più intenso ricorso al mercato assicurativo da parte delle imprese produttrici; costi che, inevitabilmente, verrebbero 'scaricati' sul consumatore finale (tramite un aumento del prezzo di vendita). Anche gli eventuali costi (aggiuntivi) di ricerca investiti dai produttori nelle fasi di progettazione e produzione verrebbero, quantomeno in parte, a gravare sugli acquirenti una parte dei quali, a quel punto, preferirà rivolgersi verso prodotti analoghi, ma dal costo più contenuto. Il secondo dubbio, che riteniamo opportuno avanzare, riguarda una possibile 'deresponsabilizzazione' del consumatore, nel senso che in ipotesi di difetto seriale o comunque di un prodotto che presenta un medesimo difetto in numerosi esemplari, vi è il rischio che l'utilizzatore possa essere spinto ad un utilizzo meno prudente e diligente del bene, certo che, nel caso di un danno comunque provocatogli dal prodotto (magari dovuto ad un suo uso 'sconsiderato') e non necessariamente di un danno provocato da un difetto del bene (requisito indispensabile per l'operatività della normativa comunitaria, visto che ai sensi della direttiva n. 374/1985 il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto) egli potrà beneficiare del regime di favore previsto in tema di onere probatorio, poiché esso è già stato 'assolto' da altri consumatori, *rectius* utilizzatori (questi sì danneggiati da un difetto) dello stesso bene di quello da lui usato.

⁷⁹ L. FRATA, *ivi*, p. 48.

Il trasferimento del lavoratore

SOMMARIO: 1. Nozione di trasferimento e concetto di unità produttiva. - 2. L'ambito di applicazione della norma ed i requisiti del provvedimento. - 3. I limiti legali al potere di trasferimento. - 4. Trasferimento di lavoratori con particolari tutele. - 5. I rimedi contro il trasferimento illegittimo. - 6. Considerazioni conclusive.

1. Nozione di trasferimento e concetto di unità produttiva

Il datore di lavoro, nell'ambito del suo potere direttivo, ha il potere di modificare unilateralmente il luogo di svolgimento della prestazione lavorativa indicato nel contratto individuale di lavoro, attraverso i seguenti istituti: il trasferimento, la trasferta ed il distacco¹.

La legge disciplina il trasferimento del lavoratore, ma non ne fornisce una definizione specifica. La nozione è stata, pertanto, elaborata dalla giurisprudenza, secondo la quale il trasferimento consiste in uno spostamento del lavoratore definitivo (e non temporaneo) del luogo di lavoro².

L'istituto del trasferimento del lavoratore è disciplinato dall'art. 2103 cod.civ. (così come modificato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori), a mente del quale il lavoratore «non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive».

È importante sottolineare come il fenomeno del trasferimento non riguarda qualsivoglia spostamento spaziale definitivo (o tendenzialmente definitivo) del lavoratore, ma solo quello da unità produttiva ad un'altra alla quale viene destinato un lavoratore (nozione «tecnica di trasfe-

¹ La trasferta si caratterizza per la temporaneità dello spostamento del lavoratore ad una diversa struttura appartenente allo stesso datore di lavoro (Cass. 27 novembre 2002, n. 16812; Cass. 5 luglio 2002, n. 9744; Cass. 25 ottobre 2001, n. 13193); il distacco, invece, pur non comportando una novazione soggettiva del rapporto di lavoro (Cass. 3 agosto 2001, n. 10771; Cass. 2 gennaio 1995, n. 5), si concretizza in un'obbligazione per il lavoratore di prestare temporaneamente la propria attività presso un soggetto diverso dal datore di lavoro ovvero presso un'altra azienda appartenente allo stesso «gruppo» societario. In questo senso, si veda la dottrina, A. PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro, interesse del datore di staccante e consenso del lavoratore*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1993, II, p. 435).

² Cfr. Cass. 6 ottobre 2008, n. 24658, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2008, p. 748; Cass. 15 maggio 2006, n. 1103, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2006, p. 1022.

rimento») e non necessariamente alla diversa localizzazione geografica tra la sede di provenienza e quella di destinazione (nozione «geografica» di trasferimento³).

Non è quindi necessaria la coincidenza tra spostamento del lavoratore e modificazione geografica del luogo lavorativo. La fattispecie del trasferimento si configura, infatti, anche nelle ipotesi di «mobilità» che avvengono all'interno dello stesso comune, o della medesima località, e finanche fra due unità produttive fra loro contigue⁴.

Per stabilire i connotati essenziali dell'ipotesi sopra considerata è, pertanto, necessaria l'individuazione di una nozione di unità produttiva.

Al riguardo, devono evidenziarsi due distinti orientamenti⁵: secondo il primo, la nozione di unità produttiva acquista contenuti differenti a seconda dei diversi contesti ai quali il legislatore fa riferimento (con riguardo, in particolare, agli artt. 13, 22 e 35 dello Statuto dei lavoratori). In quest'ottica, cioè, non vi sarebbe un'unica unità produttiva, ma si configurerebbero tante «unità produttive» quante sono le norme che a tale definizione fanno ricorso.

Il secondo orientamento evidenzia come l'art. 35 dello Statuto dei lavoratori richiami simultaneamente l'art. 18 ed il titolo terzo, relativo all'attività sindacale, senza operare alcuna differenziazione. Ciò compor-

³ G. PERA, *Sul trasferimento del lavoratore*, in "Foro italiano", 1976, V, p. 65.

⁴ A tale riguardo, per la giurisprudenza, cfr. Cass. 30 settembre 2014, n. 20600, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2015, p. 90 e in "Guida al lavoro", 2014, n. 43, 45; Cass. 23 marzo 2012, n. 4709; Cass. 2 novembre 2011, n. 22695; Cass. 22 aprile 2010, n. 9558; Cass. 6 ottobre 2008, n. 24658; Cass. 22 marzo 2005, n. 6117, in "Diritto e pratica del lavoro" 2008, p. 1425; Cass. 4 ottobre 2004, n. 19837, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2004, p. 943; Cass. 15 maggio 2004, n. 9290, in "Guida al diritto", 2004, 25, p. 65; Cass. 29 luglio 2003, n. 11660; Cass., 14 maggio 1985, n. 2995, in "Giustizia civile", 1986, I, p. 191; Cass., 7 febbraio 1987, n. 1315, in "Foro italiano", 1987, I, c. 2436; App. Milano, 5 giugno 2001, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2001, I, p. 302. Per la dottrina, si veda, C.M. D'ARRIGO, voce *Trasferimento dei lavoratori*, in "Enciclopedia del diritto" XLIV, Milano, 1992; F. CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, Padova, Cedam, 1999; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli, 1982, p. 270; P. RULLINI, *Il trasferimento del lavoratore: la nozione e i profili applicati*, in "Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali", 1989, p. 220 ss.; A. VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 1987, I, p. 71.

⁵ Sul concetto di «unità produttiva», si veda, L. ANGIELLO, *Unità produttiva e trasferimento individuale*, in "Il diritto del lavoro", 2000, I, p.14; ID., *Il trasferimento dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1986, p. 192; M.G. GAROFALO, *Sulla nozione di unità produttiva nello Statuto dei lavoratori*, in "Rivista giuridica del lavoro", 1992, I, p. 609; A. VALLEBONA, op. cit., p. 71; M. DELL'OLIO, *I soggetti del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1986, p. 104; P.G. ALLEVA, *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 50; A. VALLEBONA, *L'unità produttiva*, in "Il diritto del lavoro", 1979, I, p. 275.

terebbe, anche per esigenze sistematiche e di opportunità, la desumibilità, dal citato art. 35 dello Statuto dei lavoratori, di una sola nozione di «unità produttiva», da applicarsi a tutte le altre fattispecie statutarie che ad essa facciano riferimento⁶.

Questo secondo indirizzo è, ormai, pacificamente accolto dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁷, secondo cui per «unità produttiva» si intende «ogni articolazione aziendale autonoma avente, sotto il profilo funzionale e finalistico, idoneità ad esplicare, in tutto o in parte, l'attività di produzione di beni e di servizi dell'impresa⁸, talché in essa si possa includere una frazione dell'attività produttiva ed aziendale»⁹.

⁶ G. GRAMICCIA, *L'unità produttiva nello Statuto dei lavoratori*, in "Giurisprudenza italiana", 1979, IV, c. 227; R. FLAMMIA, *Le unità produttive dell'impresa e lo Statuto dei lavoratori*, in "Il foro italiano", 1975, V, c. 48.

⁷ Si vedano, tra le altre, Cass., 22 marzo 2005, n. 6117, in "Il massimario di giurisprudenza del lavoro", 2005, p. 482; Cass., 29 luglio 2003, n. 11660, in "Guida al lavoro", 2003, 38, p. 34; Cass., 14 giugno 1999, n. 5892, in "Il massimario di giurisprudenza del lavoro", 1999, p. 1194; Cass., 17 novembre 1993, n. 11354, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 1994, p. 49; Cass., 4 luglio 1991, n. 7386, in "Il foro italiano", 1992, I, c. 2189; Cass., 24 aprile 1991, n. 4494, in "Giurisprudenza italiana", 1992, I, 1, c. 1136 ed in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1991, p. 241; Cass., 3 giugno 1987, n. 4871, in "Giurisprudenza italiana", 1988, I, 1, p. 564; in "Il massimario di giurisprudenza del lavoro", 1987, p. 612, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1987, p. 519; in "Riviste italiana di diritto del lavoro", 1988, II, p. 239; in "Rivista giuridica del lavoro", 1987, II, p. 400; Cass., 18 marzo 1987, n. 2761, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1987, p. 520. Per la giurisprudenza di merito, si veda Pret. Milano, 21 luglio 1995, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 1995, p. 551; Trib. Torino, 31 marzo 1994, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1995, II, p. 601, con nota di L. NOGLER, *Sulla nozione di trasferimento del lavoratore*.

⁸ Cfr. Cass., 21 luglio 2000, n. 9636, in "Foro italiano", 2000, I, c. 1605; Cass., 18 maggio 1995, n. 5483, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1995, p. 912; Cass., 9 giugno 1993, n. 6413, *ibidem.*, 1994, p. 49; Cass., 21 ottobre 1992, n. 11487, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1993, p. 108; Cass., 4 luglio 1991, n. 7386, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1342; Cass., 8 settembre 1989, n. 3889, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1989, p. 477; Cass., 16 marzo 1988, n. 2459, in "Informazione previdenziale", 1988, p. 1050. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 20 dicembre 2001, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 2002, p. 433; Trib. Roma, 13 maggio 1996, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 1996, p. 874.

⁹ Cass., 21 luglio 2000, n. 9636, in "Massimario di giustizia civile", 2000, 1599; Cass., 14 giugno 1999, n. 5892, in "Il foro italiano", 2000, I, c. 596; Cass., 26 maggio 1999, n. 5153, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1999, p. 1194; Cass., 24 marzo 1998, n. 3129, in "Massimario del foro italiano", 1998; Cass., 12 novembre 1997, n. 11211, in "Giustizia civile", 1998, I, p. 105; Cass., 10 novembre 1997, n. 11092, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1997, p. 788; Cass., 19 settembre 1995, n. 7848, *ivi*, 1995, p. 923; Cass., 19 luglio 1995, n. 7848, *ivi*, p. 926; Cass., 20 aprile 1995, n. 4432, in "Massimario di giustizia civile", 1995, p. 872; Cass., 17 novembre 1993, n. 11354, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 1994, p. 49; Cass., 9 giugno 1993, n. 6413, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1994, p. 110; Cass., 22 aprile 1993, n. 4744, in "Massimario di giustizia civile", 1993, p. 723.

Il concetto di unità produttiva tende, dunque, progressivamente ad allontanarsi dal mero riferimento al luogo materiale in cui si svolge l'attività di produzione, attribuendosi un particolare rilievo all'elemento funzionale, inteso quale autonoma funzionalità ed idoneità ad esplicare, in tutto o in parte, l'attività di produzione di beni e servizi.

2. *L'ambito di applicazione della norma ed i requisiti del provvedimento*

Le limitazioni dello *ius variandi* introdotte dall'art. 2103 cod. civ., nel testo modificato dall'art. 13 Stat. lav. e, da ultimo, dall'art. 3 del D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, contenente Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (c.d. *Jobs Act*), sono dirette ad incidere su quei provvedimenti unilaterali del datore di lavoro o su quelle clausole contrattuali che prevedono il mutamento di mansioni o il trasferimento non sorretti da ragioni tecniche, organizzative e produttive e mirano ad impedire che il cambiamento di mansioni od il trasferimento siano disposti contro la volontà del lavoratore ed in suo danno.

Dette limitazioni, pertanto, non operano né nel caso in cui il mutamento di mansioni od il trasferimento siano stati disposti a richiesta del lavoratore, ossia in base ad un'esclusiva scelta dello stesso, pervenuto a tale unilaterale decisione senza alcuna sollecitazione, neppure indiretta, del datore di lavoro che l'abbia invece subita¹⁰; né nell'ipotesi in cui il trasferimento del lavoratore costituisca una misura adottata nel suo interesse al fine di evitargli la perdita del posto nell'impossibilità di una prosecuzione dell'attività lavorativa nella sede d'origine¹¹.

Per quanto concerne i requisiti del trasferimento, occorre sottolineare che, secondo una reiterata giurisprudenza, sono assoggettate al principio generale della libertà della forma sia la comunicazione del provvedimento - cui non è applicabile la disposizione di cui al 1° co. dell'art. 2, L. 15 luglio 1966, n. 604 - sia la richiesta dei motivi e la relativa risposta, che non postulano, per legge, alcun requisito formale¹².

¹⁰ Cass. 20 maggio 1993, n. 5695, in "Rivista giuridica del lavoro", 1994, II, p. 1044; Cass. 1 dicembre 1988, n. 6515, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1989, p. 189.

¹¹ Cass. 29 marzo 2000, n. 3827, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2000, p. 607.

¹² Cass. 2 febbraio 1996, n. 914, in *Lavoro nella giur.* 1996, p. 613; Cass. 3 marzo 1994, n. 2095, in *Riv. it. dir. lav.* 1994, II, p. 740; Cass. 21 agosto 1991 n. 9011, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1992, p. 261.

Tale orientamento è condiviso dalla dottrina maggioritaria¹³ che argomenta, affermando che, in assenza di un'espressa deroga al principio generale di cui all'art. 1325 cod. civ., l'interprete non può imporre la forma scritta. In coerenza con tale interpretazione è frequente che sia la contrattazione collettiva a prevedere il rispetto del requisito formale.

A ciò si aggiunga che, per quanto concerne l'efficacia del provvedimento, non è necessario che vengano contestualmente enunciate le ragioni del trasferimento, atteso che l'art. 2103, nella parte in cui dispone che le ragioni tecniche, organizzative e produttive del provvedimento suddetto siano comprovate, richiede soltanto che tali ragioni, ove contestate, siano effettive e di esse il datore di lavoro fornisca la prova. Pertanto, l'onere dell'indicazione delle ragioni del trasferimento, la inottemperanza al quale determina l'inefficacia sopravvenuta del provvedimento, sorge a carico del datore di lavoro soltanto nel caso in cui il lavoratore ne faccia richiesta - dovendosi applicare, per analogia, la disposizione di cui all'art. 2, L. n.604/1966 - fermo restando che, al pari di quanto avviene in tema di licenziamento, la comunicazione non riguarda anche le fonti di prova dei fatti giustificativi del trasferimento¹⁴.

Va, peraltro, rilevato che a seguito della modifica introdotta dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, all'art. 2, L. 15 luglio 1966, n. 604, che ha reso obbligatoria la comunicazione contestuale dei motivi del licenziamento, tale norma non trova più applicazione, per analogia, all'ipotesi di trasferimento del lavoratore.

Tuttavia se, per un verso, l'onere del datore di lavoro di indicare le ragioni del trasferimento sorge soltanto a seguito di una specifica richiesta di quest'ultimo, non essendo all'uopo sufficiente una generica contestazione dell'operato del datore di lavoro, sia pur riferita alle ragioni da questo allegate a giustificazione del provvedimento¹⁵; per un altro, il mancato esercizio della facoltà di richiedere i motivi del trasferimento non determina alcuna acquiescenza al provvedimento e non preclude la successiva impugnazione dello stesso per ragioni di ordine sostanziale¹⁶.

¹³ A. VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in "Rivista Italiana di diritto del lavoro", I, 1987, 74; Mazzioti, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1992, 344. Contra, v. M.V. BALLESTRERO, *Il trasferimento dei lavoratori*, in AA.VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze ed orientamenti*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 182; L.M. RIVA SANSEVERINO, *Sul trasferimento obiettivamente giustificato*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1979, p. 592.

¹⁴ Cass. 25 maggio 1996, n. 4823, in "Giustizia civile", 1996, I, p. 2919; Cass. S.U. 15 luglio 1986, n. 4572, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1986, p. 494.

¹⁵ Cass. 18 febbraio 1994, n. 1563, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1994, p. 181.

¹⁶ Cass. 21 aprile 1993, n. 4662, in "Rivista giuridica del lavoro", 1994, II, p. 488.

3. I limiti legali al potere di trasferimento

Il limite legale posto dall'art. 2103 cod. civ. all'esercizio del potere di trasferimento è rappresentato dalla sussistenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive che siano tali da giustificare l'atto in parola.

Il controllo del giudice sulla legittimità del trasferimento è, quindi, limitato all'accertamento della sussistenza delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive (previste dall'art. 2103 cod. civ.), mentre è insindacabile la scelta del datore di lavoro tra le diverse soluzioni organizzative utilizzabili¹⁷.

La disposizione, inoltre, pur ponendo a favore del lavoratore la garanzia del rispetto delle ragioni tecniche, organizzative e produttive, evidenzia la prevalenza dell'interesse imprenditoriale alla mobilità della forza lavoro.

Si salvaguarda, così, la discrezionalità e la insindacabilità di alcune scelte datoriali, imponendo, comunque, che le decisioni adottate non risultino lesive della libertà e dignità del lavoratore e non siano determinate da ragioni pretestuose o arbitrarie.

In linea con il principio della intangibilità della libera iniziativa economica dell'imprenditore, garantito dall'art. 41 della Cost., l'interpretazione prevalente della dottrina e della giurisprudenza è nel senso che il controllo del giudice in merito alla sussistenza della legittimità del trasferimento del lavoratore è limitato all'accertamento della sussistenza delle comprovate ragioni giustificative, essendo esclusa la possibilità di sindacare la scelta datoriale, e che è necessario il riscontro dell'esistenza del nesso di causalità tra il provvedimento di trasferimento e le ragioni organizzative.

Quanto alla prova della sussistenza delle suddette ragioni richieste al datore di lavoro, considerato il particolare termine «comprovate» utilizzato dal legislatore, dottrina e giurisprudenza prevalenti ritengono che il datore di lavoro non sia obbligato a provare contestualmente al trasferimento i motivi che lo giustificano.

¹⁷ Cfr. Cass. 2 marzo 2011, n. 5099, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2011, p. 518; Cass. 13 ottobre 2009, n. 21710; Cass. 28 aprile 2009, n. 9921; Cass. 22 marzo 2005, n. 6117, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2005, p. 482, secondo cui il controllo giurisdizionale delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive che legittimano il trasferimento del lavoratore deve essere diretto ad accertare che vi sia corrispondenza tra il provvedimento adottato dal datore di lavoro e le finalità tipiche dell'impresa, trovando un preciso limite nel principio di libertà dell'iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41, Cost., non può essere dilatato fino a comprendere il merito della scelta operata dall'imprenditore. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Bolzano 28 gennaio 2011, in "Guida al lavoro", 2011, n. 24, p. 31; App. Milano 3 ottobre 2006, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2007, p. 309.

In particolare, si afferma che la giustificazione del trasferimento attiene a ragioni oggettive, inerenti alla più conveniente organizzazione tecnico-produttiva dell'azienda, realizzata mediante la migliore dislocazione del personale¹⁸.

Inoltre, i contratti collettivi possono prevedere ulteriori limitazioni al potere di trasferimento, tra cui l'osservanza di un periodo di preavviso e la considerazione delle condizioni di ordine personale o familiare del lavoratore (in tale ipotesi, il lavoratore non può essere trasferito, pur in presenza delle ragioni obiettive previste dall'art. 2103 cod. civ., se non previa valutazione delle predette condizioni personali o familiari)¹⁹.

In via generale, la giurisprudenza ha, poi, individuato i seguenti ulteriori limiti rispetto a quelli legali:

- i motivi del trasferimento devono sussistere al momento in cui viene deciso e non dopo²⁰;
- le ragioni del trasferimento devono essere di carattere oggettivo e non possono essere determinate da valutazioni soggettive, come, ad esempio, quelle che possono giustificare l'applicazione di sanzioni disciplinari²¹;
- deve sussistere un rapporto di causalità tra le ragioni organizzative e il lavoratore che deve essere trasferito²²;
- il trasferimento deve essere finalizzato al miglior funzionamento dell'azienda e la scelta del dipendente deve essere dettata dalle particolari attitudini di quest'ultimo a ricoprire il nuovo posto di lavoro²³;
- al trasferimento si applicano i principi generali di buona fede, correttezza e di non discriminazione, nonché il canone della ragionevolezza²⁴;
- il trasferimento è legittimo solo se vengono tutelate le competenze acquisite²⁵.

¹⁸ Cfr. A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 177.

¹⁹ Qualora un c.c.n.l. subordini la legittimità di un trasferimento, oltre che alle esigenze obiettive previste dalla legge, anche alla valutazione delle esigenze familiari del lavoratore, tale disposizione costituisce una garanzia ulteriore a favore del dipendente di cui il datore di lavoro deve tener conto (Cass. 20 marzo 2000, n. 3287).

²⁰ Cass. 4 marzo 1989, n. 1203, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1989, p. 184.; Trib. Bolzano 5 marzo 2014, in "Guida al lavoro", 2014, 25, p. 42, ha ritenuto non sorretto da buona fede e correttezza il trasferimento, adottato ad otto anni dal demansionamento, sul presupposto della professionalità e qualifica possedute dal lavoratore

²¹ Cass. 10 marzo 2006, n. 5320, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2006, p. 523.

²² Pret. Milano 21 ottobre 1982.

²³ Cass. 28 agosto 1976, n. 3065.

²⁴ App. Milano 3 ottobre 2006, cit.

²⁵ Cass. 14 giugno 2013, n. 15010, in "Giustizia civile-massimario annotato dalla Casazione", 2013.

4. Trasferimento di lavoratori con particolari tutele

Accanto ai limiti legali posti dalla disciplina sopra richiamata, il legislatore ha ritenuto di intervenire per rafforzare la tutela di alcune categorie di lavoratori.

In particolare, dal combinato disposto degli artt. 2103 cod. civ. e 15, co. 1, Stat. lav., si evince la nullità del trasferimento del lavoratore attuato a causa della sua affiliazione o attività sindacale, ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero (c.d. "trasferimento discriminatorio" o "di rappresaglia").

E' altresì nullo il trasferimento determinato da fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali (art. 15, co. 2, Stat. lav., come modificato dall'art. 4, D. Lgs. 9 luglio 2003, n. 216).

Nell'ambito di applicazione dell'art. 15, St. Lav. (più ampio di quello dell'art. 2103 cod. civ.) rientra: a) il trasferimento discriminatorio da un'unità produttiva ad un'altra; b) il trasferimento discriminatorio attuato all'interno di una medesima unità produttiva (esempio: spostamento del lavoratore da un reparto ad un altro).

Un'ulteriore ipotesi di limite legale è quella relativa al trasferimento disciplinare *ex* art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.

Infatti, un provvedimento di trasferimento ad altra sede o ad altro reparto in tanto può essere qualificato come disciplinare (anche se non previsto come tale dal contratto di lavoro) in quanto esso sia ricollegabile ad una mancanza del lavoratore²⁶.

Ove invece il trasferimento sia dovuto all'esercizio del potere organizzatorio e gestionale del datore di lavoro, come nel caso di trasferimento nell'ambito della stessa unità produttiva, il provvedimento, in via generale, non ha natura di sanzione disciplinare, a meno che non sia espres-

²⁶ Il trasferimento del lavoratore ad altra sede o reparto ha natura ontologicamente disciplinare ove sia ricollegabile ad una mancanza del lavoratore e non sia conseguente all'esercizio del potere organizzatorio e gestionale del datore di lavoro (Cass. 17 marzo 2009, n. 6462, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2009, p. 835). Nel caso di specie, la Cassazione ha confermato la sentenza della Corte territoriale, che aveva escluso la natura disciplinare del trasferimento ad altro reparto - con mansioni equivalenti - di un lavoratore addetto alla sorveglianza, il quale, pur accusato della sottrazione di due cartoni di detersivo ed alcuni *timer* per lavatrici, era rimasto, all'esito degli accertamenti, immune da ogni addebito, per l'impossibilità di ricostruire con chiarezza i fatti, ancorchè risultasse certo che il medesimo fosse restato, per un certo periodo, da solo e avesse tentato di avvicinare i colleghi per concordare una versione dei fatti; tali circostanze avevano comunque minato il rapporto fiduciario e inciso negativamente sui rapporti tra colleghi di reparto, così da indurre il datore all'anzidetto trasferimento).

samente prevista in quanto tale dal contratto collettivo applicabile²⁷.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza²⁸, qualora la condotta del dipendente integri contemporaneamente gli estremi di un fatto disciplinarmente rilevante ed altresì una situazione d'incompatibilità nell'ambiente di lavoro (valutabile come una delle ragioni tecniche, organizzative e produttive che consentono il trasferimento *ex art.* 2103 cod. civ.), il datore di lavoro può, in via alternativa²⁹: disporre il trasferimento a titolo di sanzione disciplinare (c.d. trasferimento disciplinare), se previsto come tale dalla contrattazione collettiva e rispettando la procedura prevista dall'art. 7, Stat. Lav.³⁰, oppure adottare un provvedimento di trasferimento per motivi organizzatori (*ex art.* 2103 cod. civ.).

Un altro caso riguarda il trasferimento del lavoratore per incompatibilità ambientale che deve trovare riscontro nelle ragioni organizzative dell'azienda e queste devono essere provate dalla stessa (c.d. situazione di incompatibilità ambientale)³¹.

Tale particolare tipo di trasferimento, trovando la sua ragione nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, va ricondotto alle esigenze tecniche, organizzative e produttive, di cui all'art. 2103 cod. civ., piuttosto che, sia pure atipicamente, a ragioni punitive e disciplinari, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento datoriale di trasferimento prescinde dalla colpa (in senso lato) dei lavoratori trasferiti, come dall'osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari. In tali casi, il controllo giurisdizionale sulle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato, deve essere diretto ad accertare soltanto se vi sia corrisponden-

²⁷ Cass. 6 luglio 2011, n. 14875, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2011, p. 1223.

²⁸ Cass. 26 marzo 1998, n. 3207, in "Giustizia civile-massimario annotato dalla Casazione". 1998, p. 670.

²⁹ Trib. Milano 9 novembre 2000, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2000, I, p. 943; Cass. 28 settembre 1995, n. 10252, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1996, p. 80.

³⁰ Pret. Parma 16 marzo 1999, in "Il diritto del lavoro", 1999, II, p. 465.; Cass. 27 giugno 1998, n. 6383, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1999, II, p. 356; Cass. 23 maggio 1991, n. 5797, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1991, 401.

³¹ Cfr. Cass. 13 maggio 2013, n. 11414, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2013, p. 738; Cass. 2 dicembre 2011, n. 25799, in "Pratica lavoro", 2012, p. 266; Cass. 23 febbraio 2007, n. 42652, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2007, p. 1028.; App. Torino 26 gennaio 2012, n. 88; Trib. Genova (ord.) 20 maggio 2009, in "Guida al lavoro", 2009, n. 37, p. 31; App. Bologna 3 febbraio 2005, in "Rivista giuridica del lavoro", 2006, II, p. 79.; AA. VV., *Il trasferimento disciplinare e per incompatibilità aziendale*, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2007, II, pp. 116 ss.

za tra il provvedimento datoriale e le finalità tipiche dell'impresa, e, trovando un preciso limite nel principio di libertà dell'iniziativa economica privata (garantita dall'art. 41 Cost.), il controllo stesso non può essere esteso al merito della scelta imprenditoriale, né questa deve presentare necessariamente i caratteri della inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una tra le scelte ragionevoli che il datore di lavoro possa adottare sul piano tecnico, organizzativo o produttivo.

Analogamente, è stato ritenuto legittimo il trasferimento del dipendente per migliorare la "serenità del clima aziendale"³² a tutela del contesto sociale di lavoro derivante, ad esempio, dal "debito di sicurezza" di cui al D. Lgs. n. 81/2008, in base al quale il datore di lavoro deve tutelare il benessere fisico, mentale e sociale del dipendente.

Limiti legali al potere di trasferimento sono posti anche dall'art. 22 dello Statuto dei Lavoratori, che subordina il trasferimento dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali al nulla osta delle associazioni sindacali di appartenenza.

La disposizione ha validità per tutta la durata della carica e sino alla fine dell'anno successivo a quello in cui è terminata la carica stessa (art. 22, co. 2, Stat. Lav.).

La norma non dispone che il trasferimento debba avvenire da una unità produttiva ad un'altra. Pertanto, il semplice cambiamento di reparto potrebbe configurarsi come illegittimo qualora il comportamento datoriale sia oggettivamente idoneo a impedire, limitare o comprimere l'attività sindacale del dirigente interessato³³.

Anche il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che "assiste"³⁴ con continuità ed in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di grave³⁵ handicap, ha il diritto³⁶ di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al do-

³² La necessità di "rasserenare i rapporti sul luogo di lavoro" è stata ritenuta motivo di legittimità del trasferimento per ragioni organizzative (Cass. 2 settembre 2008, n. 22059, in *"Argomenti di diritto del lavoro"*, 2009, p. 540, con nota di I. ALVINO, *Trasferimento del lavoratore e "serenità dei rapporti" sul luogo di lavoro*; Cass. 2 settembre 2008, n. 22059, in *"Diritto delle relazioni industriali"*, 2009, p. 145).

³³ Cass. 3 settembre 1991, n. 9341; Pret. Catania 30 novembre 1998.

³⁴ L'art 19, della L. n. 53/2000 ha eliminato l'obbligo della convivenza con il familiare da assistere, ma ha previsto che sussistano due condizioni indispensabili: 1. che l'assistenza sia effettuata con continuità; 2. che l'assistenza sia effettuata in via esclusiva.

³⁵ Secondo Cass. 7 giugno 2012, n. 9201 in *"Il lavoro nella giurisprudenza"*, 2013, p. 503, con il commento di MESITI, il divieto di trasferimento del lavoratore opera anche nel caso di disabilità del familiare assistito che non si configuri come grave.

³⁶ Art. 33, co. 5, L. 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'art. 19, co. 1, lett. b),

micilio della persona da assistere ed a non essere trasferito, senza il suo consenso, ad altra sede³⁷.

Le tutele previste dalla norma si riferiscono al lavoratore che già assiste con continuità un congiunto gravemente handicappato (esempio: non rientra nella tutela l'ipotesi del lavoratore che aspiri al trasferimento per poter instaurare un rapporto di assistenza continuativa)³⁸.

E' essenziale chiarire che il termine "sede" non si riferisce al concetto più ristretto di unità produttiva e che il diritto di scelta (come risulta dall'inciso "ove possibile"³⁹) deve essere compatibile con le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro⁴⁰.

Il diritto a non essere trasferito senza esplicito consenso ad altra sede costituisce (a differenza del diritto di scelta della sede di lavoro) un di-

L. 8 marzo 2000, n. 53, e dall'art. 24, co. 1, lett. b), L. 4 novembre 2010, n. 83, c.d. Collegato lavoro.

³⁷ V. Trib. Firenze 15 gennaio 2015, n. 39.

³⁸ Cfr. Trib. Milano 20 novembre 2008, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2009, p. 309, secondo cui "l'art. 33, comma 5, L. n. 104/92 attribuisce al genitore o familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, il diritto di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio nella fase di costituzione del rapporto di lavoro, nonché quello di non essere trasferito, in costanza di rapporto, ad altra sede senza il proprio consenso. È pertanto esclusa la sussistenza di un diritto al trasferimento quando la necessità dell'assistenza sorga in pendenza del rapporto di lavoro".

Pertanto, il diritto del familiare dell'handicappato alla scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, non può essere fatto valere quando l'esigenza di assistenza sia sorta dopo l'instaurazione del rapporto di lavoro, sì che il trasferimento tenda a radicare una situazione assistenziale non ancora in atto e non consolidatasi (cfr. Trib. Roma 10 aprile 2003, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2003, p. 459).

³⁹ Sulla natura condizionata del diritto di scelta della sede di lavoro, cfr. Cass. S.U. 27 marzo 2008, n. 7945, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2008, p. 502, secondo cui "il diritto del genitore o del familiare lavoratore, che assiste con continuità un portatore di handicap, di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, disciplinato dall'art. 33, co. 5, della legge n. 104 del 1992, non si configura come assoluto ed illimitato, giacché esso — come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile" — può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi — soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico — in un danno per l'interesse della collettiva, gravando sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto". Cfr. anche Cass. 5 settembre 2011, n. 18223; Trib. Roma 10 novembre 2014, n. 10589, in "Guida al lavoro", 2015, n. 5, p. 50.

⁴⁰ Circ. Min. Lav. 15 marzo 1993, n. 28, secondo cui la locuzione "ove possibile", in merito al diritto di scelta della sede di lavoro, è da intendersi nel senso che il datore di lavoro può frapporre un rifiuto solo per motivate esigenze di organizzazione aziendale.

ritto incondizionato, nel senso che non è soggetto a verifica di compatibilità con le esigenze organizzative e produttive dell'impresa (Circ. Min. Lav. n. 28/2003)⁴¹.

Infine, il lavoratore portatore di *handicap* "in situazione di gravità" ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio ed a non essere trasferito in altra sede, senza il suo consenso (art. 33, co. 6, L. n. 104/1992).

Secondo la giurisprudenza, la norma di cui all'art. 33, co. 6, L. n. 104/1992, circa il diritto del disabile in situazione di gravità di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, va interpretata nel senso che esso può essere esercitato al ricorrere delle condizioni di legge, oltre che al momento dell'assunzione, anche successivamente a quest'ultima e, in tal caso, sia quando la situazione di *handicap* intervenga in corso di rapporto, sia quando essa preesista ma l'interessato, per ragioni apprezzabili, intenda mutare la propria residenza, deponendo in tal senso, oltre che la lettera della norma, l'esigenza di consentire l'effettività del diritto al lavoro in capo alla persona svantaggiata a causa della situazione di *handicap*⁴².

Tale diritto, tuttavia, non si configura come incondizionato, giacché esso - come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile" - può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli interessi implicati, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative dell'impresa, gravando sulla parte datoriale l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio stes-

⁴² V. Cass. 9 luglio 2009, n. 16102, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2009, p. 1065, secondo cui "in tema di assistenza alle persone handicappate deve affermarsi il diritto del genitore o del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, non potendo subire limitazioni in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda, ovvero della pubblica amministrazione, non è invece attuabile ove sia accertata, in base ad una verifica rigorosa anche in sede giurisdizionale, la incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede di lavoro". In tema, v. anche R. SCHIAVONE, *Assistenza a familiare disabile e trasferimento*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2010, pp. 1399 ss.

⁴³ Cass. 18 febbraio 2009, n. 3896, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2009, p. 147. Inoltre, secondo la recente ordinanza del Tribunale di Roma del 31 agosto 2015, n. 85622, "il lavoratore disabile che rivendica il diritto al trasferimento nella sede più vicina al proprio domicilio, ha un onere della prova attenuato, potendosi limitare ad indicare le sedi disponibili e le relative scoperture di personale, mentre grava sul datore di lavoro l'onere di provare che il trasferimento verso tali destinazioni contrasta con le esigenze aziendali"

so dell'anzidetto diritto⁴³.

5. I rimedi contro il trasferimento illegittimo

In caso di ritenuta illegittimità del trasferimento (per assenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative o produttive), il lavoratore può accettare comunque il trasferimento (dando esecuzione al provvedimento) e successivamente impugnarlo davanti al giudice, oppure rifiutare il trasferimento (agendo in via di autotutela)⁴⁴.

In tal caso, ove, sul presupposto della inottemperanza al trasferimento, intervenga il licenziamento del lavoratore, spetta al datore di lavoro dimostrarne la legittimità, in quanto giustificato dalle prescritte ragioni tecniche, organizzative e produttive⁴⁵.

Il controllo giudiziale del trasferimento di un lavoratore va compiuto con riferimento alla sussistenza del nesso di causalità tra il provvedimento e le ragioni tecniche, organizzative e produttive poste a fondamento dello stesso, come richiesto dall'art. 2103 cod. civ., ma non si estende fino alla valutazione del merito della scelta del datore di lavoro per verificare se essa sia idonea, o meno, a soddisfare tali esigenze o se sia inevitabile⁴⁶.

⁴³ Cfr. Cass. 5 novembre 2013, n. 24775, in "Guida al lavoro", 2013, n. 45, p. 20, ha rilevato che, in caso di incompatibilità ambientale, il disabile può essere trasferito anche senza il suo consenso; Trib. Roma ord. 31 agosto 2015, n. 85622, secondo cui il lavoratore disabile che rivendica il diritto al trasferimento nella sede più vicina al proprio domicilio ha un onere della prova attenuato, potendosi limitare a indicare le sedi disponibili e le relative scoperture di personale mentre grava sul datore di lavoro l'onere di provare che il trasferimento verso tali destinazioni contrasta con le esigenze aziendali.

⁴⁴ Cfr. Cass. 10 novembre 2008, n. 26920, in "Guida al lavoro", 2008, 49, p. 53, e in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2009, p. 190, secondo cui "il provvedimento del datore di lavoro di trasferimento di sede di un lavoratore che non sia adeguatamente giustificato, a norma dell'art. 2103 c.c., è affetto da nullità ed integra un inadempimento parziale del contratto di lavoro, con la conseguenza che la mancata ottemperanza allo stesso provvedimento da parte del lavoratore trova giustificazione sia quale attuazione di un'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), sia sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti".

⁴⁵ Cass. 12 aprile 2012, n. 5780, in "Il massimario di giurisprudenza del lavoro", 2013, p. 154, con nota di C. PISANI, *Demansionamento a salvezza dell'occupazione: tra formalismi ed abuso del diritto*, secondo cui il rifiuto del lavoratore nei confronti di un trasferimento giustificato non autorizza il datore di lavoro ad adibirlo a mansioni non equivalenti, neppure con il consenso tacito del dipendente, in assenza della preventiva intimazione del licenziamento per rifiuto illegittimo da parte del lavoratore del trasferimento medesimo; Cass. 20 maggio 2008, n. 12736, ha ritenuto legittimo il licenziamento del lavoratore che ha rifiutato di prendere nella nuova sede dell'azienda, dove è stato legittimamente trasferito.

⁴⁶ Non è ravvisabile un onere del datore di lavoro di provare l'inutilizzabilità del dipendente nella sede originaria, in altra collocazione.

Qualora il trasferimento del lavoratore sia stato dichiarato illegittimo (per mancanza delle ragioni *ex art.* 2103 cod. civ.), il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno e ad essere riammesso presso la sua precedente sede di lavoro⁴⁷.

Il lavoratore (a fronte di un trasferimento disposto in carenza dei requisiti obiettivi richiesti dall'*art.* 2103 cod. civ. e delle altre condizioni eventualmente poste dalla contrattazione collettiva) può, sul presupposto di un pregiudizio grave ed irreparabile, invocare anche la tutela d'urgenza *ex art.* 700 cod. proc. civ., chiedendo al giudice la sospensione del trasferimento e la reintegra nel luogo di lavoro.

6. Considerazioni conclusive

Il nuovo *art.* 2103 cod.civ., così come modificato dall'*art.* 3 del D. Lgs. n. 81/2015, disciplina, come nel passato, due vicende modificative del rapporto di lavoro: l'oggetto ed il luogo del contratto di lavoro.

A differenza di quanto avvenuto per la materia delle mansioni, il recente intervento del legislatore ha lasciato inalterato il quadro legale della disciplina del trasferimento del lavoratore, rimanendo immutati sia la natura del provvedimento, che i presupposti e le sanzioni.

In un mercato del lavoro globale, dove la flessibilità gestionale/organizzativa viene vista quale elemento che amplia le capacità competitive dell'impresa, il legislatore avrebbe dovuto cogliere l'opportunità di intervenire anche nel riordino della disciplina del trasferimento del lavoratore.

Una rivisitazione organica della disciplina sarebbe stata, in effetti, opportuna anche per dirimere la questione concernente i requisiti procedurali, con particolare riguardo al profilo relativo al momento in cui sorge l'obbligo per il datore di comunicare i motivi che hanno determinato lo spostamento del dipendente da un'unità produttiva ad un'altra, nonché la questione relativa al significato da attribuire all'aggettivo "comprovate", che caratterizza le ragioni del trasferimento, ed alle sue potenziali implicazioni riguardo agli aspetti centrali del quando della comunicazione del provvedimento di trasferimento⁴⁸.

⁴⁷ Cass. 19 giugno 2008, n. 16689, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2008, p. 748; Cass. 1 luglio 2002, n. 9530, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2002, p. 655.

⁴⁸ In tal senso cfr. M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt Labour Studies e-book series, n. 48, 2015, p. 88.

Indennità dei parlamentari e (presunta) riserva di legge formale dell'art. 69 Cost.: in margine a un *non-dibattito*

SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. Gli argomenti a sostegno della riserva di legge formale. - 3. Il recupero di un'intuizione dei *framers*? O una lettura della riserva in *bonam partem*?

1. Il problema

L'art. 69 della Costituzione contiene una riserva di legge ordinaria formale¹. È questo l'interrogativo che anima le brevi note di seguito. La disputa è oziosa solo in apparenza: se la risposta fosse positiva, infatti, ne discenderebbe l'impossibilità di una modifica della legge 31 ottobre 1965, n. 1261², relativa alle indennità dei parlamentari, con atti aventi forza di leg-

¹ La letteratura in tema di riserva di legge è sterminata. Volendo limitarsi alle opere in lingua italiana, si vedano almeno S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano 1963; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova 1966; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano 1967; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino 1969; R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, 1207 ss.; L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990; A. RUGGERI, «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti. *Studi degli anni 1987/1991*, Torino 1992; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale* ⁶ – *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, II, 1, Padova 1993; R. GUASTINI, *Legge (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, 1994, 163 ss. Non si intende appesantire queste considerazioni ribadendo nel testo nozioni già note. Pertanto, si accetta la definizione per cui la riserva di legge «è lo strumento con cui la Costituzione regola il concorso delle fonti nella disciplina di una determinata materia» (cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino 2012, spec. 18); in determinate materie, tuttavia, si incontra una riserva di legge formale, che «trova la sua ragion d'essere nella necessaria "dualità" tra Parlamento e Governo che caratterizza la nostra forma di governo; in altri termini, la Costituzione contempla alcune ipotesi nelle quali il riferimento alla legge non può che essere circoscritto ad una deliberazione legislativa delle Camere: quando trattasi di adempimenti o materie rispetto alle quali vengono in rilievo i poteri di controllo del Parlamento sul Governo, o che esprimono per eccellenza la co-determinazione dell'indirizzo politico tra legislativo ed esecutivo»: così D. GIROTTI, *Sub art. 70*, in S. BARTOLE-R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova 2008, spec. 641.

² Brevemente, qui si ricorda il "problema nel problema" della legge n. 1261/1965 che, all'art. 1, attribuisce agli Uffici di Presidenza delle Camere il compito di determinare l'ammontare della indennità mensile in misura tale da non superare «il dodicesimo del tratta-

ge, compreso il *referendum* abrogativo. Come si vedrà a breve, la questione non va relegata tra i casi di scuola: la modifica al sistema delle indennità con legge ordinaria formale è comunemente trattata (quasi) alla stregua di un dogma. In questa sede, si proverà a saggiarne la tenuta.

Quello dei costi della politica è, in generale, tema delicato e divisivo della letteratura costituzionalistica. La politica richiede dei costi e la democrazia li sopporta affinché sia realizzato il principio della parità d'accesso alle cariche elettive di cui all'art. 51 Cost. che consente anche ai meno abbienti di esercitare a tempo pieno le funzioni connesse al mandato parlamentare (cfr. Corte Cost. n. 24/1968), in piena libertà e senza pressioni derivanti da bisogni economici³. E tuttavia, la *vulgata* ricorrente restituisce un sentimento di fastidio verso le indennità parlamentari, troppo spesso inserite nel calderone indistinto dei privilegi da abbattere con forza, nel tentativo di ridurre i costi della politica a quanto strettamente funzionale all'esercizio del mandato parlamentare⁴. È, insomma, forte l'impressione che in tempi di profonda crisi economica, come quella attuale, il parlamentare sia percepito dagli elettori come portatore di benefici odiosi che lo allontanano sideralmente da questi ultimi⁵. Ciò ha con-

mento complessivo massimo annuo lordo dei magistrati con funzioni di presidente di Sezione della Corte di cassazione ed equiparate». Ai sensi dell'art. 68 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non è possibile cumulare l'indennità con alcun reddito da lavoro da impiego pubblico, che prevede per i pubblici dipendenti l'obbligo di aspettativa senza assegni per mandato parlamentare. Analogamente, sempre gli Uffici di Presidenza delle Camere determinano, in base all'art. 2 della l. n. 1261/1965, l'ammontare della diaria a titolo di rimborso delle spese sostenute dal parlamentare per il soggiorno a Roma. Da tempo sono stati segnalati «gli inconvenienti di questo barocco sistema» dal momento che si individua una «ingiustificata – e forse illegittima (cfr. art. 69 Cost. che parla di indennità “stabilita” dalla legge) – discrezionalità degli uffici di presidenza delle Camere (...)» Così A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna 1977, spec. 258.

³ Sul punto, tra i tanti, cfr. U. ZAMPETTI, *Sub art. 69*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. BRANCA – A. PIZZORUSSO), Tomo II, Bologna-Roma 1986, 241 ss.; S. TABACCHI, *Indennità parlamentari*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, 451 ss.; C. BOLOGNA, *Sub art. 69*, in S. BARTOLE-R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova 2008, 632 ss. In giurisprudenza si veda quanto affermato in Corte Cost., sent. n. 24/1968.

⁴ Il riferimento è al volume di C. SALVI - M. VILLONE, *Il costo della democrazia - Eliminare sprechi, clientele e privilegi per riformare la politica*, Milano 2005.

⁵ È significativa la circostanza per cui gli stessi parlamentari denuncino questo allontanamento: si veda la relazione al d.d.l. 2831 del 19 luglio 2011 rubricato “Disposizioni concernenti la riduzione dell'indennità e la soppressione degli assegni vitalizi dei membri del Parlamento e dei consiglieri regionali, nonché in materia di contestuale incremento delle dotazioni del fondo nazionale per le politiche sociali”. Si afferma in esso che «i costi abnormi delle nostre istituzioni democratiche e rappresentative, oltre a incidere pesantemente sulla struttura della spesa pubblica, costituiscono un fattore decisivo di blocco del “sistema Italia”, della sua competitività interna e della sua capacità di attrarre investimen-

tribuito a ispessire le paratie tra rappresentanti e rappresentati⁶ e, talora, ha costituito la prima spinta verso la formazione di movimenti e partiti "antipolitici" che, in alcuni casi, hanno elevato singole battaglie (come quelle contro la "casta" dei politici) a vera e propria *ideologia*. È come se, nel corso del tempo, si fosse consumato uno slittamento del ruolo del danaro nella politica: da *incentivo dell'attività politica*, esso è diventato *strumento per coprire i costi della politica*⁷, nel quale confluiscono spese a vario titolo, alcune delle quali sarebbero da evitare⁸.

In dottrina, è stato istituito (e qui lo si accetta come postulato) un vincolo di stretta consequenzialità tra l'aumento delle indennità dei parlamentari e la fine del finanziamento pubblico ai partiti⁹ nella consapevolezza che «se il deputato, il senatore o il consigliere regionale non ha più alle spalle il partito e le sue strutture, è giustificato che chieda all'assemblea di appartenenza di dotarlo delle risorse e degli strumenti necessari a svolgere il proprio mandato. Così non si finanziano più partiti, ma si finanziano gli eletti. E non c'è più la struttura del partito a controllare come queste risorse siano utilizzate»¹⁰.

A testimonianza del fatto che si tratta di un sentore diffuso da tempo e non di un'onda anomala destinata a infrangersi a riva, bisogna ascol-

ti esterni» e ancora che «è evidente che la democrazia e le istituzioni rappresentative abbiano un "costo funzionale intrinseco", ma in esso si annidano talvolta vetusti ed inaccettabili privilegi che fanno della "classe dei politici" una riprovevole "casta degli eletti"».

⁶ Sulle forme *integrative* della rappresentanza e sulla partecipazione (della quale il *referendum* abrogativo costituisce uno strumento propulsivo), cfr. l'analisi di M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano 2012, spec. 57 ss.

⁷ Secondo l'efficace classificazione proposta da M. LUCIANI, *Danaro, politica e diritto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 3 ss., spec. 4 e 16.

⁸ Con le parole di M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, spec. 19: « (...) la retribuzione delle cariche pubbliche è stata un'istanza democratica e (...) la sua introduzione è servita ad aprire i canali di accesso anche ai meno abbienti. Nondimeno, le indennità dovrebbero essere strettamente limitate, nell'*an* e nel *quantum*, a ciò che è davvero necessario al funzionamento del sistema».

⁹ Legame istituito da R. BIN, *Ricchi solo di idee sbagliate*, in *Le Regioni* 3/2012, 447 ss., spec. 450, laddove si legge: «abolito il finanziamento pubblico dei partiti, la spesa per la politica è esplosa, ma in direzioni sbagliate, causando uno spostamento significativo della destinazione della spesa. È dilagata la spesa per le indennità di parlamentari e consiglieri e i trasferimenti ai gruppi assembleari, come conseguenza inevitabile dell'inaridirsi del finanziamento diretto ai partiti».

L'abolizione del finanziamento pubblico in via referendaria sull'onda degli scandali suscitati dalle inchieste di "tangentopoli" ha avuto altre conseguenze devastanti cui si assiste ancora oggi come il diletterismo politico o il *crucifige* da più parti invocato contro gli sprechi economici perpetrati dai livelli di governo substatali.

¹⁰ Cfr. R. BIN, *op. ult. cit.*, spec. 450.

tare diversi segnali. A parte alcune iniziative radicali volte alla modifica robusta dell'art. 69 Cost.¹¹, ci sono stati avvenimenti eclatanti come lo svolgimento dei *referendum* in Sardegna, il 6 e 7 maggio del 2012, alcuni aventi natura abrogativa, altri consultiva. Tra i quesiti abrogativi ce n'era uno, il numero 8, nel quale si chiedeva l'abrogazione dell'art. 1 della legge regionale n. 2/1966 in cui si dice che «l'indennità spettante ai membri del Consiglio regionale della Sardegna e il rimborso delle spese di segreteria e rappresentanza sono stabiliti dall'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale della Sardegna in misura non superiore all'ottanta per cento di quella fissata dalla legge 31 ottobre 1965 n. 1261». I "Sì" hanno raggiunto una percentuale del 97,17 % (i votanti erano circa 525.000): un plebiscito, insomma.

Nel 2012 è partita, inoltre, un'iniziativa referendaria promossa dal Comitato del Sole e sostenuta da Movimento Libero¹²; parallelamente c'è stata l'iniziativa del movimento noto come Unione popolare: sono state raccolte le firme proprio per modificare la legge n. 1261/1965 in alcune parti relative ai costi ulteriori delle indennità parlamentari. Tuttavia, l'iniziativa del Comitato del Sole si è interrotta alle 250.000 firme per mancanza del tempo necessario a raggiungere il numero prescritto dalla legge.

Tra i lavori parlamentari, si incontrano diverse affermazioni nel senso di escludere *tutto ciò che non è legge* per modificare il sistema delle indennità. Ci sono, infatti, numerosi disegni e progetti di legge che si propongono di realizzare la riduzione dell'indennità (ad esempio, si veda il d.d.l. n. 2719 del 4 maggio 2011; d.d.l. n. 2831 del 19 luglio 2011). Si legga quanto è scritto in una proposta singolare, presentata alla Camera il

¹¹ Si legga l'iniziativa del deputato Gozi, del 25 agosto 2011, contenente una proposta di legge costituzionale volta alla modifica dell'art. 69 Cost. nel senso di aggiungere disposizioni che costituzionalizzano il divieto di cumulo tra indennità e qualunque altro emolumento («Per tutta la durata del mandato, il trattamento economico di cui al primo comma [che, dunque, non viene modificato nel testo originario, *N.d.A.*] sostituisce e assorbe qualsiasi emolumento che ciascuno avrebbe avuto diritto a percepire, in virtù di rapporto di lavoro dipendente o autonomo, di diritto pubblico o privato, in servizio o a riposo, instaurato prima dell'elezione a membro del Parlamento ovvero assunto in costanza di mandato»). Una simile proposta sottintende – sembra – la natura *retributiva* dell'indennità parlamentare.

Decisamente più radicale, invece, la proposta Mancuso presentata il 28 settembre 2011, volta a sopprimere, con una norma espressa in Costituzione, qualunque indennità: «i membri del Parlamento non ricevono alcuna indennità per l'esercizio delle loro funzioni». Ci sarebbe da chiedersi se, non potendo percepire indennità, i parlamentari possano ricevere una *retribuzione* per l'esercizio delle funzioni: ma la domanda è inutilmente provocatoria.

¹² Del *referendum* sull'abrogazione parziale della l. n. 1261/1965 è stata data notizia mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 24 aprile 2012.

19 gennaio 2012 (C.4889); i firmatari sono di varia estrazione politica: Bonino Guido (Lega Nord), Guzzanti (Misto), Pionati (ex UDC, poi Popolo e Territorio), Scilipoti (ex IDV, poi PT). In essa si afferma di voler «dare attuazione normativa alle prerogative che la stessa Costituzione attribuisce ai parlamentari» e aggiungendo che «la scelta di intervenire con legge sulla materia discende dalla riserva di legge prevista direttamente in Costituzione (...). La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel sostenere che si tratta di una riserva di legge formale e, come tale, rimessa all'assoluta autonomia delle Camere e - pertanto - *non soggetta all'intervento di altri poteri normativi diversi dal Parlamento*» (enfasi aggiunta)¹³.

Quando non si traducono nella modifica a monte dell'art. 69 Cost., queste iniziative sembrano tutte postulare l'idea per cui la l. n. 1261/1965 non possa essere modificata con atti aventi forza di legge¹⁴. Per cui - ci si chiede - intervenire con atti diversi dalla legge (e con *referendum*) è possibile? Una risposta negativa al quesito, specie con riferimento al *referendum*, potrebbe inasprire ancora di più il clima di sospetto verso la "casta" e aumentare la tensione già alta tra strumenti di democrazia diretta e rappresentativa.

Al di là di queste mere ragioni di opportunità politica, bisogna qui capire se *giuridicamente* è fondata l'idea per cui quella dell'art. 69 sarebbe una riserva di legge ordinaria *formale*¹⁵. Dacché il problema esiste e come

¹³ Un altro tentativo, più recente, di modifica della l. n. 1261/1965 non fa menzione del problema di cui si discute. Si veda il progetto di legge C.1958 presentato il 16 gennaio 2014 (assegnato il 3 aprile 2014 ma di cui ancora non è iniziato l'esame) di iniziativa parlamentare di Vitelli e altri (tutti appartenenti al gruppo Scelta Civica con Monti per l'Italia): il progetto è molto analitico ma non riguarda la questione della riserva di legge formale.

¹⁴ Anche se un d.d.l. costituzionale (proposta n. 1195 di iniziativa di Calderoli e altri, comunicato l'11 dicembre 2013) prevedeva espressamente: «I membri del Parlamento ricevono una indennità stabilita con legge approvata da entrambe le Camere». La relazione di accompagnamento al disegno di legge non spiegava le ragioni di questa modifica, anche se, sempre nelle intenzioni espresse nella relazione, si realizzava contestualmente una riduzione del numero dei parlamentari e l'abolizione del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, «per conseguire tra l'altro i risparmi di spesa necessari» (la relazione si trova in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00732157.pdf>).

¹⁵ Si ricordi, per inciso, che l'ambiguità di questa disposizione è stata avvertita come problema di diritto positivo, al punto tale che, qualche anno fa, è stato licenziato un d.d.l. (evoluzione dalla celebre "bozza di Lorenzago") contenente modifiche della seconda parte della Costituzione. Anche l'art. 69 Cost subiva delle modifiche e, nella versione finale del d.d.l. costituzionale risultante dall'*iter* parlamentare (AS 2544), si leggeva: «i membri delle Camere ricevono un'indennità stabilita dalla legge, approvata ai sensi dell'art. 72, terzo comma. La legge disciplina i casi di non cumulabilità delle indennità o emolumenti derivanti dalla titolarità contestuale di altre cariche pubbliche». Com'è noto, il disegno di legge non ha superato il passaggio referendario del 2006 ma lo si può comunque valutare come

tale è avvertito, è giusto misurarsi con la sua reale consistenza. Nello specifico, non basta accertare che siamo di fronte a una riserva *assoluta* di legge, atteso che – è pacifico – non tutte le volte che la Costituzione richiama la legge intende riferirsi alla legge *formale* del Parlamento¹⁶. Dunque, è necessario esaminare gli argomenti che militano a favore di una riserva di legge formale.

2. Gli argomenti a sostegno della riserva di legge formale

Quali sono stati gli argomenti a sostegno di una riserva di legge formale impiegati da dottrina e giurisprudenza?

Sulla riserva di legge formale dell'art. 69 Cost. l'atteggiamento comune della letteratura costituzionalistica, specie di quella più risalente nel tempo, è simile a quello di un atto fideistico: generalmente la dottrina ne sostiene l'esistenza ma lo fa limitandosi ad affermazioni "autoevidenti" più che ad argomentazioni estese, sul punto specifico.

Già FURLANI, nella voce curata per il Novissimo Digesto italiano¹⁷, si limita a dire che sul punto c'è il rinvio alla legge "ordinaria": lo fa solo per difendere la legge già allora vigente in materia (la n. 1102/1948) che, sotto la voce del rimborso spese, prevedeva che venisse determinata dall'Ufficio di presidenza delle rispettive Camere. Questa legge, a dire del-

un esperimento indicativo. Da esso emerge, infatti, che si è tentato, in qualche modo, di porre un argine alla diffusione virale di questa idea della riserva di legge formale proprio costituzionalizzando la possibilità di una modifica con sistema delle indennità attraverso leggi approvate a seguito di un procedimento (decentrato) per Commissione deliberante. Nello stesso tempo, però, ammettendo la possibilità di un ritorno in Assemblea del progetto di legge quando lo chiedano i soggetti legittimati dall'art. 72, comma 3, sembra implicitamente avallata l'idea per cui solo la legge parlamentare possa incidere sul sistema delle indennità. Inoltre, anche in questo caso, sembra che aleggi comunque un'idea *retributiva* dell'indennità da limitare in alcuni casi previsti dalla legge. Il problema sarebbe stato, semmai, capire il contenuto delle incompatibilità previste dalla legge futura, ma ormai non ha senso porsi.

¹⁶ È consolidata l'idea secondo cui la riserva di legge possa essere soddisfatta anche facendo ricorso ad atti con forza di legge, ossia decreti legislativi e decreti legge: alcune affermazioni in tal senso si possono leggere, ad esempio, in Corte cost., sentt. nn. 86/1965, 126/1969, 39/1971, 77/1967, 184/1974; in dottrina, comunque, si sono in passato levate voci di dissenso, dal momento che questa equiparazione sembra svalutare il profilo democratico-rappresentativo dell'istituto in questione a causa del marginale intervento delle forze di minoranza nelle fonti governative (cfr. R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1989, 1207 ss., spec. 1214; L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, cit., spec. 3, laddove rileva che «le ragioni della pratica hanno prevalso sulle ragioni del diritto»).

¹⁷ V. voce *Indennità parlamentare*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1961, 597 ss.

l'A., rispettava l'art. 69 perché «la Costituzione non nega al legislatore la più ampia libertà nella configurazione tecnica dell'indennità, cosicché la ripartizione attuata tra indennità mensile fissa e diarie variabili in relazione all'attività svolta dai parlamentari non contrasta con la norma costituzionale»¹⁸.

Al contrario, nel suo manuale di *Istituzioni di diritto pubblico*¹⁹, MORTATI fa un rapido cenno alla necessità che la corresponsione della diaria (ossia la parte "mobile" dell'indennità) avvenga con legge formale²⁰ (sospettando di illegittimità il meccanismo della legge n. 1102/1948) ma – data anche la "sede", ossia quella manualistica – non si intrattiene specificamente sul punto. CONTINI nella voce curata per l'Enciclopedia del diritto²¹ affronta lo stesso problema di Furlani e Mortati, specificando che «l'avere la Costituzione previsto che l'indennità debba essere stabilita dalla legge significa che su tale questione debbono essere sentite tutte e due le Camere e non che ciascuna di esse possa, indipendentemente dall'altra, regolamentare questa materia»²²: se ne fa un problema di eguale trattamento di deputati e senatori, dunque, e di conseguente necessità di estromettere i regolamenti parlamentari di ciascuna camera dal novero delle fonti per la disciplina della materia.

La giurisprudenza costituzionale dal canto suo, ha sempre adoperato un lessico molto generico, parlando di "legge" e "legislatore", senza ulteriori specificazioni. Se si esclude l'ord. n. 314/1993, nella quale la questione di legittimità costituzionale sollevata sulla legge n. 1261/1965 viene dichiarata manifestamente inammissibile poiché è stata impugnata una norma diversa da quella disciplinante la materia oggetto della *quæstio legitimatis*, viene in considerazione la già citata sent. n. 24/1968; in essa si afferma che «in un regime democratico a larga base popolare e nell'ambito del quale il potere non è riservato ai ceti che si trovino in condizioni economiche di vantaggio, il *legislatore* ha l'obbligo di porre in essere tutte quelle condizioni che appaiono indispensabili per consentire anche ai non abbienti l'accesso alle cariche pubbliche e l'esercizio delle fun-

¹⁸ Analogamente U. ZAMPETTI, *Sub art. 69*, cit.

¹⁹ Cfr. ed. 1969, 476, e altresì ed. 1975, spec. 499.

²⁰ Si affrontava, in particolare, il problema del sospetto di illegittimità costituzionale relativo alla l. n. 1102/1948, nella parte in cui detta legge rinviava, per la determinazione della diaria, alle decisioni interne a ciascun ramo del Parlamento.

²¹ Cfr. voce *Indennità parlamentare*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, 106 ss.

²² Poco più avanti, si parla negli stessi termini del trattamento pensionistico dei parlamentari chiarendo che esso è «determinabile esclusivamente con legge formale e non con disposizioni interne delle due Camere, sia pure concordate».

zioni a queste connesse» (enfasi aggiunta); o ancora, la sent. n. 454/1997 in cui si afferma che «le indennità considerate costituiscono un ristoro forfetario per le funzioni svolte, rimesso al *legislatore* sia nell'entità sia nei limiti in cui può consentirsene il cumulo (...)» (enfasi aggiunta).

In mancanza di argomenti risolutivi, tocca, allora, vagliarne altri che possano essere spesi utilmente adesso. Si provi a sistemarli in un ordine di complessità crescente.

A). Argomento *letterale* – *testualista*. Porta con sé il difetto della sostanziale debolezza di ogni argomento letterale²³. Il testo dell'art. 69 recita infatti «i membri del Parlamento ricevono un'indennità stabilita dalla legge». La parola «legge» in Costituzione non viene adoperata per indicare solo la legge formale del Parlamento ma, talora, denota pure il «diritto obiettivo»²⁴. Anche il participio «stabilita» non ci aiuta: esso viene adoperato, ad esempio, nell'art. 99, comma 3, Cost., a proposito del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro ma la diversità di funzione qui assolta dalla legge – che in questo lato ha il compito di delimitare le caratteristiche di un organo a rilevanza costituzionale²⁵ – e la presenza di una chiara riserva rinforzata per contenuto²⁶ non consentono di

²³ In verità, l'argomento testualista potrebbe portare a *negare* l'esistenza di una riserva di legge formale. I luoghi della Costituzione dove di certo c'è riserva di legge formale adoperano espressioni come «Il Governo non può, senza delegazione *delle Camere*, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria» (art. 77, comma 1, Cost.); «Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, *deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere* che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni» (art. 77, comma 2, Cost.); «*Le Camere* possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti» (art. 77, comma 3, Cost.); ma l'elenco può continuare con la deliberazione dello stato di guerra (art. 78 Cost.), la concessione dell'amnistia e dell'indulto (art. 79, comma 1, Cost.). Insomma, quando la Costituzione (e così la legge n. 400/1988) ha voluto disporre una riserva di legge formale ha sempre parlato di *Camere*, anziché di *legge*.

²⁴ Cfr. ad esempio V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., spec. 57. Notazioni simili in R. GUASTINI, voce *Legge (riserva di)*, cit. spec. 165, laddove afferma che «accade infatti che anche nel linguaggio delle fonti – proprio come nel linguaggio comune – il termine «legge» sia impiegato in senso del tutto generico: non per riferirsi a una specifica classe di fonti del diritto, ma per riferirsi alla «legge in senso materiale», cioè genericamente al «diritto oggettivo» e/o all'insieme delle sue fonti senza distinguere in alcun modo tra di esse (...). (...) Per questa ragione, l'interpretazione del termine «legge», nei diversi contesti del documento costituzionale, è operazione preliminare all'interpretazione delle disposizioni che fanno rinvio alla «legge» come norme di rinvio o, invece, come norme di riserva».

²⁵ Per la definizione del CNEL come «organo a rilevanza costituzionale», cfr. Corte cost., sent. n. 44/1966.

²⁶ «Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro è composto, nei modi stabiliti dalla legge *in misura che tenga conto della loro importanza numerica e qualitativa*».

istituire alcuna analogia né di procedere a qualunque assimilazione col problema di cui trattasi. Questo basta a revocare in dubbio perlomeno l'autonomia concettuale di questo argomento interpretativo, nel senso che esso va necessariamente affiancato ad altri criteri per poter essere utilmente spesso, specie per comprendere se, di volta in volta, la Costituzione intenda riferirsi a una riserva vera e propria o a un mero rinvio alla legge²⁷.

B). Argomento *originalista* (ossia, argomento basato sull'*original intent* dei nostri *framers*). Naturalmente qui non si intende prendere posizione sul ruolo dell'*original intent* come valido criterio per interpretare il significato delle disposizioni costituzionali²⁸; l'argomento viene rispolverato "ai limitati fini" di queste brevi note, per vedere se c'è almeno traccia della questione della riserva di legge formale all'interno delle discussioni dell'Assemblea Costituente.

Dai lavori preparatori emergono questioni riguardanti la natura dell'indennità (se essa fosse un rimborso spese o una vera e propria remunerazione), la cumulabilità con altri redditi, la contiguità tra il tema dell'indennità parlamentare e quello delle incompatibilità (in particolare tra l'attività professionale e quella di parlamentare²⁹), la formula da adoperare (se cioè si dovesse far richiamo o meno al concetto di "dignità e indipendenza del parlamentare" o se si dovesse aggiungere un riferimento alla "doverosità"), la possibilità di commisurare l'indennità in base all'assenza o meno di altri redditi³⁰, la cumulabilità con altri incarichi. Insomma, la questione della riserva di legge formale e la necessità di seguire questo procedimento per l'approvazione dell'ammontare dell'indennità non è espressamente affrontato.

Certo è che il tema dell'indennità è messo in correlazione con quello dell'incompatibilità e che, nelle parole dell'On. Bozzi (Unione Democratica nazionale) «la legge è la sede opportuna, perché tutte le figure di inleggibilità e di incompatibilità preventive o successive alla decadenza siano previste, anche perché la legge ha una maggiore mobilità della Costituzione»³¹; ma non si parla della necessità che sia la sola legge formale or-

²⁷ Sul punto ancora R. GUASTINI, op.ult.cit., spec. 166.

²⁸ La questione è oggetto del volume a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 2008, che raccoglie gli atti del Seminario dell'associazione Gruppo di Pisa svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007.

²⁹ Seduta del 20 settembre 1946, posizione di Calamandrei.

³⁰ Formula proposta da Calamandrei: *I componenti del Parlamento ricevono un'indennità fissata dalla legge, che può essere determinata nella misura più alta per coloro che non abbiano altri redditi*. Seduta del 10 ottobre 1947.

³¹ Testualmente, nella seduta pomeridiana del 10 ottobre 1947.

dinaria a dover determinare il *quantum* dell'indennità.

Un dato interessante, sulla intenzione dei Costituenti circa la previsione delle indennità, si può ricavare dalla lettura dei lavori preparatori: nella seduta del 10 ottobre del 1947, dopo l'approvazione del testo *I membri del Parlamento ricevono un'indennità fissata dalla legge*, si discute se i commi aggiuntivi proposti da Calamandrei³² debbano essere previsti in Costituzione o nella legge elettorale. L'On. Targetti chiedeva che si provvedesse con legge elettorale e lo chiedeva espressamente; si sente rispondere da Badini Confalonieri (liberale): «desidero far notare all'onorevole Targetti che la sua proposta è stata già votata ed accettata, perché noi abbiamo votato l'unico comma dell'art. 66 [che poi sarebbe diventato il 69, *N.d.A.*], il quale prevede proprio il rinvio alla legge elettorale: "i membri del Parlamento ricevono un'indennità fissata dalla legge" (...)».

Dunque, dai lavori preparatori emergerebbe che la legge che deve contenere le indennità dovrebbe essere la legge elettorale che, nel testo finale della Costituzione del 1948, sarà, poi, coperta da riserva d'Assemblea, ex art. 72, comma 4, Cost. E forse l'equivoco nasce già qui, con la immedesimazione tra riserva di legge formale e riserva di assemblea: immedesimazione che, pur se rifiutata in linea teorica dalla dottrina³³ è, però,

³² Uno riguardava il divieto per i membri del Parlamento di ricevere incarichi retribuiti e il secondo subordinava questi incarichi alla sussistenza di una "pubblica utilità".

³³ Sul punto, è chiara la posizione di S. TRAVERSA, *La riserva di legge di assemblea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 271 ss., spec. 275 laddove afferma «in termini problematici si pone il tema di una eventuale connessione tra riserva di legge d'Assemblea e riserva di legge in senso proprio: si tratta di esaminare se la previsione della prima su determinate materie conduca a ritenere esistente sulle stesse anche la seconda. Né l'argomento può essere considerato non meritevole di verifica, non esistendo alcuna necessaria implicazione tra i due tipi di riserva: ed infatti l'aver previsto che i disegni di legge nelle materie indicate nel IV comma dell'art. 72 devono seguire la procedura ordinaria di esame e di approvazione diretta da parte dell'Assemblea sta a significare che per i progetti di legge tendenti a disciplinare quelle materie si dovrà obbligatoriamente seguire quel certo procedimento, e non anche che quelle materie possano essere regolate soltanto con legge».

Tuttavia, c'è chi ha evidenziato la presenza di un legame forte tra le due riserve: Cfr. P. PASSAGLIA, *Sub art. 72*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 1379 ss., spec. 1397 laddove, concordando con Cervati nel ritenere che la *ratio* della riserva di assemblea consista nell'opportunità di far discutere in una sede appropriata «determinati disegni di legge di importanza politica e istituzionale» (così A.A. CERVATI, *Il procedimento legislativo. Aspetti generali - Sub art. 72*, in *Commentario della Costituzione* [a cura di G. BRANCA - A. PIZZORUSSO], Bologna-Roma 1985, 124 ss., spec. 161), ammette: «alla luce della *ratio* indicata parrebbe potersi giustificare l'esistenza di uno stretto legame tra la riserva di legge di assemblea, sul piano procedimentale, e la riserva di legge formale, nel quadro del sistema delle fonti: se tale legame non sussistesse, infatti, ben poco senso avrebbe imporre un esame ed un'approvazione da parte dell'assemblea che potrebbero essere agevolmente aggirati attraverso un mutamento del tipo di atto le-

difficile da contestare nella pratica, specie nell'ordinamento italiano. Se, comunque, le leggi in materia elettorale sono coperte da riserva di assemblea, non si tratta, come chiarito dalla Corte, di un limite invalicabile per il *referendum* abrogativo (che quindi potrebbe intervenire).

C). Argomento *storico-normativo*. Non è decisivo nemmeno questo, anzi: anche la legge n. 1102/1948 rinviava agli Uffici di Presidenza delle Camere la determinazione dell'ammontare di una quota dell'indennità, ossia della diaria, compiendo un'operazione «discutibile più da un punto di vista politico che costituzionale»³⁴.

D). Argomento *teleologico* fondato sulla possibile *ratio* di una riserva di legge formale. Non resta che da chiedersi quale *ratio* soddisferebbe una riserva di legge ordinaria formale in questo caso.

È consolidata l'idea per cui «in presenza di una riserva di legge formale, non solo è escluso l'intervento di fonti "secondarie", ma, più in generale, è escluso l'intervento di qualunque fonte diversa dalla legge strettamente intesa»; ciò avviene perché «la costituzione esige una deliberazione delle Camere ogniquale volta si faccia questione della funzione di indirizzo e controllo del legislativo dell'esecutivo», per cui «se la legge formale potesse essere sostituita da un atto governativo (seppur dotato di "forza di legge"), non sarebbero più le Camere a controllare, indirizzare, od autorizzare il Governo ma sarebbe il Gover-

gistrativo, idoneo ad eludere finanche l'intervento diretto parlamentare», concludendo tuttavia nel senso che «a ben vedere, però, la riserva di legge di assemblea, per le esigenze di cui è portatrice, pare opponibile soltanto a quelle fonti primarie caratterizzate da minore "partecipazione politica"».

³⁴ Cfr. G. CONTINI, voce *Indennità parlamentare*, cit., spec. 112. Non sfugga una nota: se la *ratio* della legge formale è quella della delibera di entrambe le Camere (tanto da confondersi con la riserva di assemblea) la decisione della legge n. 1161 frustra con evidenza tali esigenze, rimettendo la determinazione dell'indennità all'ufficio di presidenza che nulla ha a che vedere con le ragioni della valorizzazione del dibattito parlamentare e con le altre ragioni segnalate. Cioè, la scelta del legislatore ha contraddetto la *ratio* della riserva di legge formale. Ora è vero che metodologicamente è dubbio se la legge possa utilizzarsi per interpretare la Costituzione. Ma perché la *living Constitution* dovrebbe essere solo quella integrata con la giurisprudenza? Del resto, è nota la ricostruzione di chi immagina che il ruolo della legge debba essere prevalentemente quello di attuazione della Costituzione: cfr. le posizioni espresse (in numerosi scritti ma esemplificativamente) in F. MODUGNO, *La posizione e il ruolo della legge statale nell'ordinamento italiano*, in <http://www.issirfa.cnr.it/3157,908.html> (laddove afferma: «il "ruolo" della legge nell'ordinamento è quello di essere la necessaria prosecuzione – attuazione del programma costituzionale»). Se così è (o se così è solo pensabile), è lo stesso legislatore che contraddice la *ratio* della riserva di legge formale, privando le Assemblee della decisione sulle indennità, quindi, adottando una meta-decisione, senza sfruttare la *ratio* garantista-democratica della riserva di legge formale.

no ad autorizzare, controllare e indirizzare sé medesimo: ciò che ovviamente non farebbe senso»³⁵. L'idea per cui le leggi ordinarie formali sono «espressione di poteri di indirizzo e controllo politico istituzionalmente propri del solo Parlamento in quanto tale»³⁶ è, dunque, ricorrente in letteratura. Ma qui, nell'art. 69, è difficile radicare una riserva di legge formale, proprio perché non si coglie la necessità di un dualismo tra Parlamento e Governo volto all'attuazione dell'indirizzo politico. O, meglio, questa riserva appare meno intellegibile in un sistema che funziona secondo i moduli del parlamentarismo maggioritario. Mi spiego: una riserva di legge formale potrebbe forse avere un senso in un sistema parlamentare che sviluppi una tendenza compromissoria, ossia nel caso in cui vi sia un ambiente multipartitico. In un simile contesto, la riserva di legge formale servirebbe a dar voce alle opposizioni che potrebbero apportare contributi importanti al dibattito parlamentare³⁷; in un parlamentarismo maggioritario, nel quale un partito (o una coalizione) ha un margine di decisione ampio e il Governo si identifica sostanzialmente nella maggioranza parlamentare, avrebbe meno senso il vincolo alla legge ordinaria formale, dal momento che un atto avente forza di legge del Governo, sia esso un decreto legge che un decreto legislativo, avrebbe comunque il sostegno (a valle, nel caso di un decreto legge, o a monte, nel caso di un decreto legislativo) di quelle stesse forze parlamentari che hanno votato la fiducia al governo. Forse la genesi dell'equivoco è nata proprio in questo *humus*, alimentata da un consesso proporzionale quale era quello dell'Assemblea costituente o, anche, delle forze che hanno votato la legge n. 1261/1965: oggi, il senso di una riserva di legge formale è più complicato da scoprire.

³⁵ Così R. GUASTINI, voce *Legge (riserva di)*, cit., spec. 172-173.

³⁶ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., spec. 60.

³⁷ Lo ammette A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge...*, cit., spec. 76, laddove afferma (riferendosi alla *ratio* della riserva di legge in generale): «la composizione del parlamento (...) rispecchia, soprattutto in presenza di un sistema elettorale proporzionale, la composizione ideologico-politica della società: nel governo, invece, i partiti acquistano spesso una dimensione diversa da quella scaturente dal responso popolare, sicché possono risultarne esclusi i partiti con enorme seguito popolare, ed esservi ammessi altri di minime dimensioni. (...) Da queste osservazioni (...) si ricava abbastanza nitida la constatazione di una più genuina rappresentatività democratica del parlamento».

E probabilmente ragiona in quest'ottica anche chi vede nel rinvio alla legge di cui all'art. 69 Cost. la rispondenza «allo scopo di sottrarre il funzionamento degli organi legislativi ad interferenze del potere esecutivo, in armonia con la separazione dei poteri»: testualmente R. GUASTINI, op. ult. cit., spec. 166.

3. Il recupero di un'intuizione dei framers? O una lettura della riserva in bonam partem?

Nessuno degli argomenti esposti si mostra decisivo, insomma, nel senso di ammettere una riserva di legge formale nell'art. 69 Cost. Vero è che l'intuizione dibattuta in Assemblea costituente potrebbe avere un suo peso specifico. Se fosse possibile inserire il problema dei benefici economici dei parlamentari all'interno della legge elettorale, (legge comunque coperta da riserva d'assemblea) si potrebbe incidere con *referendum* abrogativo, pur con tutti i limiti che assistono la praticabilità di questo istituto nella legislazione elettorale³⁸.

Ora, tutto questo è vero. Ma si è detto che la legge n. 1261/1965 prevede una cosa comunemente percepita come privilegio: una proposta di *referendum* che superi il vaglio dell'Ufficio centrale per il *referendum* e il controllo di ammissibilità della Corte *potrebbe* avere un esito scontato³⁹. Però, se meglio si ragiona sul principio sotteso all'istituto dell'indennità, non è detto che un *referendum* sia comunque ammissibile, pur in assenza di una riserva di legge formale. Difatti, si è detto che l'indennità è stata istituita per il dichiarato scopo di consentire ai parlamentari l'esercizio della propria funzione, liberi dal peso del bisogno economico, al fine di realizzare il principio della parità di accesso alle cariche elettive di cui all'art. 51 Cost. La riduzione delle somme a titolo di indennità dovrebbe essere realizzata con uno strumento normativo adeguato, modulabile in base alle esigenze legate allo svolgimento del mandato: risulta difficile immaginare che lo strumento referendario, per quanto manipolativo, sia in grado di soddisfare questa esigenza.

In definitiva, dimostrare l'assenza di una riserva di legge formale non significa ammettere necessariamente la praticabilità (giuridica) della via referendaria. Il problema reale resta quello della diffidenza verso la politica che decide da sola i propri costi (sia diretti che indiretti)⁴⁰

³⁸ Sul punto, per tutti M. LUCIANI, *Sub art. 75 – Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca – A. Pizzorusso), Tomo I, 2, Bologna – Roma 2005, spec. 475 ss. C'è da dire che se pure la Corte ritenesse ammissibile il *referendum* sorgerebbe il diverso problema del rispetto del risultato referendario da parte del Parlamento (problema da ultimo ripresentatosi in occasione della vicenda del *referendum* sui servizi pubblici del 12 giugno 2011): questa, però, è decisamente un'altra storia.

³⁹ Il riferimento è al caso del *referendum* promosso dal Comitato del sole che non ha avuto esito favorevole ai promotori, visto il mancato raggiungimento del numero di firme necessario. Sarebbe stato interessante sollecitare l'intervento della Corte per capire quale posizione avrebbe preso in ordine alla riserva di legge formale.

⁴⁰ Nel lessico di M. LUCIANI, *Danaro, politica e diritto*, cit., spec. 20.

perché, in un periodo come quello attuale caratterizzato da una gravissima crisi economica, non è facile affidarsi all'idea che i nostri rappresentanti compiano uno sforzo ispirato all'etica repubblicana⁴¹. Per questo motivo la *vulgata* non va considerata come un'acquisizione indiscutibile. Essa, forse, è stata diffusa più che altro per estromettere il *referendum* abrogativo dal novero delle fonti in grado di incidere sull'attuale stato di cose⁴².

Tuttavia il problema è giuridico, e come tale va trattato, considerando nel discorso anche le variabili che si è tentato di problematizzare⁴³.

⁴¹ Non si vuole cadere nel qualunquismo antipolitico e dire che un simile sforzo sia radicalmente impossibile. Si veda quanto viene auspicato nella già citata relazione illustrativa al d.d.l. n. 2831 del 19 luglio 2011 che si chiude affermando: «la celere approvazione del presente disegno di legge non solo potrebbe rappresentare una concreta speranza per il riavvicinamento dei cittadini alle istituzioni democratico-rappresentative e, più in generale, alla classe politica (...) ma le conferirebbe una nuova dignità e onorabilità ad oggi inesorabilmente perduta». E tuttavia non sarebbe male se vi fosse una possibilità in più di incidere sul punto tramite fonti (primarie) diverse dalla legge formale.

⁴² Di sfuggita, si ricordi ad esempio che con d.l. n. 138/2011 (art. 13) è stato inciso il trattamento economico dei parlamentari e mi pare che nessuno abbia gridato alla violazione della riserva di legge formale dell'art. 69 Cost.

⁴³ Una postilla: il progetto di revisione costituzionale 1429B in questi giorni in discussione al Senato (13 ottobre 2015) modifica (anche) l'art. 69 Cost. prescrivendo che l'indennità spetti ai membri (non del Parlamento ma) della Camera dei deputati. Sembra una strada per ridurre i costi della politica ma forse sarebbe il caso di capire meglio chi si accolla i costi delle indennità: questo al fine di coordinare la norma con l'art. 51 Cost. ed evitare disparità di trattamento.

La revisione “europea” alla luce delle sentenze CEDU

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L’adeguamento dell’ordinamento interno alle sentenze delle Corti europee in materia processuale penale. - 3. Corte EDU, sent. 9 settembre 1998, il caso Dorigo e il principio di immediata precettività delle norme della CEDU. - 4. La revisione penale “europea”. - 5. Conclusioni.

1. Premessa

L’istituto della revisione della *res iudicata* testimonia come, in ogni epoca, gli uomini abbiano profondamente sentito la superiore esigenza di apprestare un rimedio efficace contro le pronunce giudiziarie che, dopo l’esaurimento di tutti gli ordinari mezzi di impugnazione previsti, si fossero palesate ingiuste¹. La *ratio* dell’istituto è quella di rimediare all’errore giudiziario² che ha inficiato e compromesso il giudicato penale, in

¹ In tal senso, F. CARRARA, *Della rejudicata in criminale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, III ed., vol. VII, Tipografia Giachetti, 1887, p. 284; A. DE MARCISO, *Lezioni di diritto processuale*, III ed., Jovene, 1952; G.P. AUGENTI, *Lineamenti del processo di revisione*, Padova, 1949; M. D’ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003; F. CALLARI, *La revisione, la giustizia penale tra forma e sostanza*, II ed., Torino, 2012. In merito P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, VI ed. Milano, 2005, p. 835, sottolinea che la revisione non dà luogo ad una quarta istanza in quanto «si fonda su documenti, prove e risultanze “nuovi”, non conosciuti, anche se conoscibili, nel corso del procedimento conclusosi con la condanna definitiva». In giurisprudenza si è rimarcato che, giacché l’istituto della revisione non si configura come una mera impugnazione tardiva che consente di dedurre in ogni tempo ciò che nel procedimento ordinario non è stato rilevato o non è stato dedotto, ma come mezzo straordinario di impugnazione che permette – in casi rigorosamente tassativi – di rimettere in discussione la certezza cristallizzata in una sentenza irrevocabile, la risoluzione del giudicato penale non può avere come presupposto semplice una diversa valutazione del dedotto o un’inedita disamina del deducibile, bensì l’emergere di nuovi elementi estranei e diversi da quelli definiti nel processo (così Cass., sez. II, 2 dicembre 1998, LUCIDI, in *C.e.d.*, n. 212267).

² Sul punto v. A. A. DALIA, *Riflessioni in tema di errore giudiziario*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, p. 223; F. CORDERO, *Errore giudiziario e riparazione pecuniaria*, in *Jus*, 1963, p. 294; E. JANNELLI, *La riparazione dell’errore giudiziario*, in M.G. AIMONETTO (coordinato da), *Le impugnazioni*, in M. CHIAVARIO – E. MARZADURI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, cit., p. 731; R. VANNI, *Nuovi profili della riparazione dell’errore giudiziario*, Padova 1992; E. TURCO, *L’equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007, p. 117; G.D. PISAPIA, voce *Errore giudiziario* (riparazio-

ossequio ad «una visione del rimedio straordinario, legata ad esigenze di giustizia sostanziale, di ristabilimento della verità»³.

L'errore giudiziario che conduce ad infliggere un'ingiusta condanna non può che rappresentare una "pubblica sciagura", posto che «corrisponde alle più profonde radici etiche di qualsiasi società civile il principio del *favor innocentiae*»⁴. La civiltà di un popolo non si misura, infatti, solo dal progresso tecnologico raggiunto, né tanto meno dalla sua potenza militare o dalla floridità economica, ma dal grado di libertà che il diritto assicura ad ogni individuo. Ebbene, posto che non vi è offesa più grande che possa essere arrecata al dogma della libertà della condanna ingiusta (di un innocente)⁵, l'errore giudiziario penale finisce per condurre al naufragio della «fedeltà nel diritto»⁶.

La revisione⁷ interviene direttamente sull'errore, disciplinando come, dove e quando possa essereagliato ed eventualmente corretto. D'al-

ne dell') Il Diritto processuale penale, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIII, 1989, p. 1; G. SPANGHER, voce *Riparazione pecuniaria*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, p. 1014; D. CHINNICI, *Un breve "excursus" in materia di riparazione dell'errore giudiziario*, in *Foro it.*, 2011, II, c. 41; R. LOPEZ, *Processo penale, errore giudiziario ed equa riparazione*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, p. 627.

³ T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 858; E. FORLANN, *Principi di diritto processuale*, Torino, 1932.

⁴ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, PISANO, in *Foro it.*, 2002, II, c. 464.

⁵ In tal senso Montesquieu afferma solennemente che, «quand l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus» (*De l'esprit des lois*, in *Euvres complètes*, lib. XII, cap. III, Firmin Didot frères, 1838, p. 281).

⁶ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, in S. CALAMANDREI (a cura di), *Fede nel diritto*, Laterza, 2008, p. 63.

⁷ La Corte costituzionale ha precisato che il giudizio di revisione non costituisce un mero «strumento di controllo della "correttezza" formale e sostanziale, di giudizi ormai irrevocabilmente conclusi", in quanto «non è la erronea valutazione (in ipotesi) del giudice a rilevare, ai fini della rimozione del giudicato; bensì esclusivamente "il fatto nuovo" (tipizzato nelle varie ipotesi scandite dall'art. 630 del codice di rito), che rende necessario un nuovo scrutinio della base fattuale su cui si è radicata la condanna oggetto di revisione» (Corte cost., sent. 30 aprile 2008, n. 129, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3985). Per un approfondimento sulla pronuncia v. in particolare M. CHIAVARIO, *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1522; A. CISTERNA, *La rimozione della detenzione iniqua è l'unico rimedio congruo e praticabile*, in *Guida al diritto*, 2008 (20), p. 60; L. DE MATTEIS, *Tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione: la Corte costituzionale in tema di revisione a seguito di condanna da parte della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3994; F. GAMBINI, *Il ruolo del giudice ordinario e della Corte costituzionale nell'attuazione dell'obbligo di riapertura o revisione del processo*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, p. 221; C. VALENTINI, *La Corte costituzionale e il caso Dorigo: sense and sensibility*, in c. 2006 ss.; M. RIPETO, *La Corte costituzionale respinge l'ipotesi di "revisione europea": un'occasione mancata?*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 929 ss.

tronde, «una giustizia che riconosce i propri torti e si corregge è una giustizia sublime, è una giustizia che accusa e giudica se stessa»⁸.

La giurisprudenza⁹ della Corte di Strasburgo è diventata un punto di riferimento¹⁰ nell'applicazione di istituti processuali, come la *costituzione del rapporto processuale* (con particolare riguardo al *processo in contumacia*)¹¹, il diritto di difesa (con particolare riferimento alla *difesa d'ufficio*)¹², il *contraddittorio* sull'accusa (con particolare riguardo alla *qualificazione giuridica del fatto*)¹³, le modalità di tenuta dell'*udienza* (pubblica

⁸ B. ALIMENA, *La revisione*, in *Studi di procedura penale*, F. Ili Bocca, 1906, p. 433. Come osserva E. JOVANE, *L'errore giudiziario e il caso Gallo*, in *Riv. pen.*, 1962, I, p. 350, «il riscatto della vittima giudiziaria da parte di quel potere, che in teoria avrebbe dovuto *a priori* riconoscerla e tutelarla, rappresenta la forma più nobile e più impegnativa del magistero e si opera, *extra ordinem* in umiltà, col goloso rimedio della revisione, al di fuori delle comuni istituzioni nate per punire il colpevole». D'altro canto, poi, non pare una casualità che la revisione possa adempiere questo ruolo più facilmente negli ordinamenti democratici. Invero, nei regimi autoritari, pur non lesinandosi la grazia, stenta ad essere riconosciuto e garantito un simile mezzo giurisdizionale in grado di correggere l'errore giudiziario. Ciò avviene o perché si attribuisce alla tutela della dignità umana ed al rispetto della giustizia un valore minimo, o perché viene respinta aprioristicamente l'ipotesi stessa di errore giudiziario, annegandolo nel "mito" del giudicato; in altre parole, «il despota non sbaglia; la sua decisione irrevocabile è lo scudo contro ogni errore» (R. VANNI, voce *Revisione del giudicato penale*, cit., p. 159).

⁹ Sul punto S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID, (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 37 ss. e 97 ss., L. MONTANARI, *I diritti fondamentali nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, 205 ss.

¹⁰ In generale sul tema dell'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno, R. BIN., G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007.

¹¹ V., Corte EDU, 25 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*. Sul punto, G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in A. BALSAMO-R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, pp. 103 e 106, nota 17 dove vengono richiamate le varie sentenze della Corte di Strasburgo in tema di contumacia; Corte EDU 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*; Cassazione, sez. I pen., 12 luglio-3 ottobre 2006, n. 32678, *Somogyi*, annotata da P. TANZARELLA, *La svolta della Cassazione sull'applicazione diretta delle sentenze di Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2007, 189 ss., A. TAMIETTI, *Iniquità della procedura contumaciale ed equa riparazione sotto forma di restituito in integrum: un passo verso un obbligo giuridico degli Stati membri alla celebrazione di un nuovo processo?*, in *Cass. pen.*, 2004, 3816.

¹² V., Corte EDU, 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*; Corte EDU, 25 novembre 1997, *Zana c. Turchia*; Corte EDU, 23 novembre 1993, *Poitrimol c. Francia*; Corte EDU, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*; Corte EDU, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, Corte EDU, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*; Corte EDU, 9 aprile 1984, *Goddi c. Italia*.

¹³ V., Corte EDU 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, sez. II, n. 25575/04, con la quale l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 6 punti 1 e 3, lett. a) e b), CEDU, per avere la Cassazione leso "il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico nonché il suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa".

o in camera di consiglio)¹⁴, la introduzione dei mezzi di prova nel processo e la loro valutazione ai fini della decisione¹⁵, tutte questioni che implicano in modo precipuo risposte immediate in punto di disciplina processuale¹⁶.

E lo è diventata anche con riferimento alle prospettive *de iure condendo*. Ciò è dovuto ad un mutamento qualitativo della giurisprudenza della Corte EDU¹⁷ che può farsi corrispondere al fenomeno delle cd. “*sentenze pilota*” con cui i giudici di Strasburgo indicano le misure “di sistema” che andrebbero adottate per evitare il ripetersi delle medesime violazioni in futuri casi analoghi. In particolare, quando la violazione della norma convenzionale trae origine da un vizio di sistema interno dello Stato, che può dare corso a violazioni seriali della Convenzione, la Corte ha ritenuto di potere indicare allo Stato le “misure generali necessarie”, attraverso l’emanazione di cd. *sentenze pilota*¹⁸ (fenomeno inaugu-

¹⁴ V., Corte EDU, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*; Corte EDU, 8 luglio 2008, *Perre e altri c. Italia*; Corte EDU, II, 5 gennaio 2010 *Bongiorno e altri c. Italia*; Corte EDU, 2 febbraio 2010, *Leone c. Italia*.

¹⁵ V., Corte EDU, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*; Corte EDU, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*; Corte EDU, 20 aprile 2006, *Carta c. Italia*; Corte EDU, 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*; Corte EDU, 8 febbraio 2007, *Kollcaku c. Italia*.

¹⁶ In ambito della dottrina processualpenalistica italiana, l’impostazione di A. GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in ID., *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 2.5.

¹⁷ La Corte EDU con sede a Strasburgo, ai sensi dell’art. 32, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali – adottata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata ed eseguita in Italia con la l. 4 agosto 1955 n. 848 ed entrata in vigore, sempre per l’Italia, il 26 ottobre 1955 – è competente a decidere tutte le questioni sull’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei Protocolli aggiuntivi alla medesima, che le siano devolute.

¹⁸ La “sentenza pilota” è una particolare forma di pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo utilizzata quando ci si trova di fronte ad un problema strutturale della legislazione di un determinato Stato (ad esempio, ciò avviene quando la Corte è investita di plurimi casi che riguardano il medesimo problema giuridico); in queste situazioni, la Corte non si limita ad individuare il problema che il caso presenta e a condannare lo Stato convenuto ma si spinge a indicare, nel dispositivo, le misure più idonee che lo Stato deve adottare per porre rimedio alla problematica. La Corte di Strasburgo ha preso negli anni ad utilizzare tale strumento anche in assenza di una specifica base normativa (esempi di sentenza pilota sono le pronunce della Corte Edu *Broniowski c. Polonia*, del 22 giugno 2004 e *Hutten Czapska c. Polonia*, del 19 giugno 2006); successivamente, tale prassi è stata disciplinata dall’art. 61 del Regolamento della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, entrato in vigore il 21 febbraio 2011. Il ricorso alle sentenze pilota da parte della Corte di Strasburgo è stato ritenuto con favore nella “Dichiarazione di Brighton” conclusiva della Conferenza sul futuro della Corte EDU tenutasi il 19 e il 20 aprile 2012, in quanto consentono di trattare in modo efficiente un largo numero di violazioni ripetitive (punto 20, lett. c), tanto da invitare il Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa a considerare l’opportunità di modellare una procedura che consenta di applicare la decisione della Corte all’intero gruppo di controversie attraverso una studiata dilatazione del *thema decidendum* (punto 20, lett. d).

rato dal caso Broniowski c. Polonia del 2004)¹⁹, cioè attraverso sentenze che, esaminando un caso che determina violazioni seriali e ripetitive dei diritti fondamentali, prospettano allo Stato una *soluzione di sistema*.

La Corte si è così riconosciuta (in base alla teoria dei "poteri impliciti" e della "effettività della tutela")²⁰ il potere di vincolare²¹ lo Stato all'adozione di specifiche misure, come accaduto nei casi Papamichalopoulos e altri c. Grecia²², Assanidze c. Georgia (in cui era stata prevista come misura necessaria il rilascio di un detenuto)²³ e Sejdivic c. Italia (in cui era sta-

¹⁹ Corte EDU, [G.C.], 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, ricorso n. 31443/96.

²⁰ La teoria dei poteri impliciti è stata utilizzata si fonda sull'idea che l'Unione possiede non solo i poteri espressamente trasferiti dagli Stati membri, ma comprende implicitamente anche i poteri di azione necessari per l'esercizio di quelli espressi. La dottrina dei poteri impliciti è stata utilizzata dalla Corte nelle celebre sentenza *AETS*, 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee*. La controversia concerneva l'identificazione dell'ente competente a concludere un accordo con uno Stato terzo nell'ambito dei trasporti, settore nel quale i Trattati istitutivi non conferivano – e non conferiscono ancora oggi – un potere espresso di concludere accordi internazionali. La Corte ritiene tuttavia che un tale potere fosse implicito nel sistema dei Trattati. Nei paragrafi 16-19, la Corte affermò che la competenza a concludere accordi «non deve essere in ogni caso espressamente prevista dal Trattato – come ad es. negli artt. 113-114 (oggi art. 207 TFUE) per gli accordi tariffari e commerciali e nell'art. 238 (oggi art. 217 TFUE) per gli accordi d'associazione – ma può desumersi anche da altre disposizioni del Trattato e da atti adottati, in forza di queste disposizioni del Trattato e da atti adottati, in forza di queste disposizioni, dalle istituzioni della Comunità. In particolare, tutte le volte che (per la realizzazione di una politica comune prevista dal Trattato) la Comunità ha adottato delle disposizioni contenenti, sotto qualsivoglia forma, norme comuni, gli Stati membri non hanno più il potere – né individualmente, né collettivamente – di contrarre con gli Stati terzi obbligazioni che incidono su dette norme. Man mano che queste norme comuni vengono adottate, infatti, si concentra nella Comunità la competenza ad assumere e ad adempiere – con effetto per l'intera sfera in cui vige l'ordinamento comunitario – degli impegni nei confronti degli Stati terzi. Di conseguenza, nell'attuare le disposizioni del Trattato non è possibile separare il regime dei provvedimenti interni alla Comunità da quello delle relazioni esterne».

²¹ F. VIGANÒ, "Sistema CEDU" e ordinamento interno: qualche spunto di riflessione in attesa della decisione della Corte costituzionale, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, Torino, 2007.

²² Corte EDU, sent. 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia* (ricorso n. 14556/89, § 34-38), in cui la Corte, ha accertato la violazione del diritto di proprietà ex art. 1 del Protocollo n. 1 CEDU, in capo alla marina greca che dal 1967 occupava, a seguito di espropriazione dei terreni, richiamando testualmente un passaggio della sentenza della Corte internazionale di giustizia, 13 settembre 1928, *Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) – Merits*, secondo cui: « (...) la riparazione deve, nei limiti del possibile, cancellare tutte le conseguenze dell'atto illecito e ristabilire lo stato di fatto che sarebbe verosimilmente esistito se il citato atto non fosse stato commesso. Restituzione in natura, o, se essa non è possibile, pagamento di una somma corrispondente al valore che avrebbe la restituzione in natura...». Per un commento alla sentenza, P. PIRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restituito in integrum ed equa soddisfazione*, in *Riv. Dir. Int.*, 1997, pp. 152 ss.

²³ Corte EDU, sent. 8 aprile 2004, *Assanidze c. Georgia* (ricorso n. 71503/01, § 202-203).

ta prevista come misura necessaria la riapertura del processo interno)²⁴.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo - firmata a Roma nel 1950, ratificata dall'Italia nel 1955, sottoposta ad una serie di modifiche, da ultimo a giugno 2010 con il Protocollo n. 14²⁵ - non ha efficacia diretta nel nostro ordinamento giuridico. A differenza del diritto comunitario, originario e derivato, il cui fondamento costituzionale è rintracciabile nell'art. 11 Cost., la CEDU è pacificamente annoverata nell'ambito del diritto internazionale pattizio e come tale sconta la sola previsione di cui all'art. 117, comma 1 Cost.

In termini pratici, mentre in caso di contrasto tra la normativa nazionale ed il diritto comunitario, stante la supremazia di quest'ultimo, il giudice nazionale dovrà senz'altro disapplicare la norma interna confliggente e dare attuazione alla normativa comunitaria, qualora si verifichi un contrasto tra la norma nazionale ed una disposizione della CEDU, il giudice nazionale non potrà seguire il medesimo procedimento.

Infatti, il ruolo della Corte – come giudice che accerta la violazione della Convenzione intervenuta in un caso determinato, una volta esauriti i rimedi interni previsti dallo Stato-parte – aveva sempre portato a considerare il “caso” come l'unica direzione di senso del *dictum* della Corte, frutto di un “sincretismo pragmatico”²⁶ che non aspira a definire massime di giudizio indefinitamente valide *pro futuro* e in cui il caso mede-

Si tratta del caso di un georgiano detenuto presso una prigione di Ajarina che, nonostante avesse ricevuto la grazia dal Presidente della Repubblica, non era stato rilasciato dalle autorità locali. La Corte dopo avere riscontrato che un individuo era detenuto arbitrariamente, ha disposto allo Stato interessato il rilascio del ricorrente nel più breve tempo possibile. Per un commento, V. COLANDREA, *On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non Monetary Measures: Some Remarks in Light of Assanidze, Broniowsky and Sejdovic Cases*, in *International Human Right Law Review*, 2007, p. 396 ss.

²⁴ Corte EDU, sent. 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, in *Guida al diritto*, 2005, p. 92 ss. (reperibile anche sul sito www.dirittiuomo.it). Questa sentenza impone l'adozione di “misure adeguate” affinché sia garantita effettività al diritto dell'imputato, condannato in contumacia, di ottenere un secondo giudizio di merito, nel quale avvalersi dei diritti riconosciuti dall'art. 6 della Convenzione. Per un approfondimento, A. TAMIETTI, *Processo contumacia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 989 ss.; *Id.*, *Restituzione in termini e articolo 175 c.p.p.*; Roma si adegua alla sentenza *Sejdovic*, in *Diritto & giustizia*, 2005, p. 101.

²⁵ V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumquadrini.it; B. NASCIBENE, *Le protocolle n. 14 de la Convention européenne de droits de l'homme a la lumière de ses travaux préparatoires*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 2006, p. 531 ss.; S. GREER, *Procol 14 and the Future of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2005, p. 83 ss.

²⁶ Così J.P. Costa, *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, pp. 437 ss.

simo delimita invece le possibilità di generalizzazione della decisione. Le sentenze di questo organo giurisdizionale devono essere adempiute dallo Stato-Parte²⁷, sottoposto sul punto al controllo del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa. In particolare assume rilievo l'art. 46²⁸, § 1, della Convenzione, secondo cui "le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie delle quali sono parti". Le sentenze vengono tradizionalmente riconosciute avere natura dichiarativa e, se accertano una violazione dei diritti, comportano per lo Stato gli obblighi di cessazione dalla violazione in atto e di eliminazione di future violazioni attraverso l'adozione di misure d'ordine individuale - applicabili alla parte lesa dalla violazione e volte ad assicurare la *restituito in integrum*²⁹ - ovvero attraverso misure di ordine generale³⁰ - volte ad assicurare la *prevenzione di violazioni future* ed applicabili ad una pluralità di persone (ulteriori rispetto al diretto interessato che ha denunciato la violazione del suo diritto) -.

Di conseguenza, lo Stato ha l'obbligo di porre fine alla condotta illecita, ripristinando nei limiti del possibile lo *status quo ante* attraverso misure appropriate.³¹

²⁷ P. PERRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2004, 92 ss.; Sui vari argomenti giurisprudenziali si veda A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione dei processi nella Convenzione europea dei diritti umani*, in Rivista di diritto internazionale, 2002, p. 652 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale. I Lineamenti*, Bologna, 2003, p. 159 ss.; R. BIN - P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2005, p. 73.

²⁸ L'art. 46 CEDU è stato modificato dall'art. 16 del Protocollo XIV del 13 maggio 2004, ratificato in Italia con la l. 15 dicembre 2005, n. 280. L'entrata in vigore di tale strumento convenzionale è tuttavia bloccata dalla Federazione Russa, che, pur avendo firmato il 4 maggio 2006, è l'unico Stato parte della CEDU a non avere sinora provveduto alla ratifica.

²⁹ La svolta in via interpretativa è avvenuta con il par. 249 della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 luglio 2000 (*caso Scozzari e Giunta c. Italia*) e con l'altra sentenza del 27 febbraio 2001 (*caso Lucà c. Italia*). Secondo tale indirizzo la *restituito in integrum* conseguente alla violazione dei diritti umani accertati dalla Corte resta, un obbligo gravante integralmente sullo Stato membro, stante l'accessorietà dell'equo soddisfacimento, rispetto all'obbligo delle Parti contraenti a conformarsi alle decisioni della Corte. Tale giurisprudenza ha stabilito in modo chiaro e preciso, che l'equa soddisfazione costituisce solo una delle conseguenze della sentenza. Infatti lo Stato condannato è chiamato non solo a versare agli interessati le somme eventualmente accordate a titolo di equa soddisfazione ma anche, e soprattutto, a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o individuali destinate a porre fine alla violazione accertata e a rimuovere, per quanto possibile le conseguenze.

³⁰ Il Consiglio di Europa pubblica una lista delle misure sia a carattere generale sia a carattere individuale adottate dagli Stati parte in esecuzione delle sentenze della Corte, v. [http://www.coe.int/t/e/human_right/execution/IH-Exec\(2006\)1-2_GM_960e.doc](http://www.coe.int/t/e/human_right/execution/IH-Exec(2006)1-2_GM_960e.doc).

³¹ *Scozzari e Giunta c. Italia* [GC] (n. 39221/98 e 41963/98), 13 luglio 2000, ECHR Reports, 2000-VIII, par. 249.

Sulla scelta concreta delle misure da adottare, lo Stato esercita un potere discrezionale riconosciutogli in relazione al ventaglio di possibilità che sono consentite dal proprio ordinamento nazionale. Nel caso, poi, il diritto interno³² non permetta una totale rimozione delle conseguenze, l'art. 41 della Convenzione prevede che la Corte possa condannare lo Stato al pagamento di una somma a titolo di equa soddisfazione: la medesima Corte EDU ritiene che ciò sia possibile solo quando sussista un nesso causale tra violazione e danno lamentato; in mancanza di tale nesso la Corte ritiene possibile stimare equa soddisfazione il solo "morale riconoscimento della violazione".

L'esecuzione³³ delle sentenze della CEDU sull'ordinamento giuridico italiano presenta aspetti di notevole complessità considerando il fatto che lo Stato italiano risulta uno dei paesi membri più inadempienti delle sentenze di condanna³⁴.

³² G. BATTAGLINI, *Il giudice interno "primo" organo di garanzia della Convenzione europea dei diritti umani*, pubblicata in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 189 ss.

³³ Sul tema dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea cfr., all'interno di una vastissima bibliografia, tra i tanti, B. CONFORTI- F. FRANCIOSI (a cura di), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff, 1997; P. GENITO – G. ROMANI, *Efficacia delle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo ed esecuzione delle stesse*, in *Giurisp. Merito*, 2008, fasc. 12, 31; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004; R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *www.federalismi.it*, 2010, f. 6; O. POLLICINO, *I rapporti tra Corti in uno scenario ancora più complesso ed articolato dopo Lisbona*, in *www.diritticomparati.it*, 2010; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010; M. CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERNESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione CEDU op. cit.*, 1; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Unione Europea*, 2009; A. GIANISANTI, *Riflessioni in ordine all'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e agli obblighi di riparazione a carico dello stato soccombente con particolare riguardo al caso Sejdovic c. Italia*, in *www.sioi.org/Sioi/Giananti/pdf*.

³⁴ La dottrina sull'argomento è molto nutrita, si ricordi, tra gli altri, M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 6*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, pp. 153 ss; A. BULTRINI, *La recente evoluzione del contenzioso strutturale dell'Italia di fronte alla Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 430; V. ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2008, p. 5; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commento alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999; L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1995. Per lo stato delle ratifiche si consulti il sito <http://conventions.coe.int/>; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, p. 79 ss.; S.M. CARBONE, *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 547 ss.; P. MENGOSI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2006.

2. L'adeguamento dell'ordinamento interno alle sentenze delle Corti europee in materia processuale penale

Il sistema processuale penale vigente sta vivendo un momento di crisi dovuto dalle "incursioni"³⁵ da parte dell'ordinamento europeo. Tale fenomeno è molto significativo in quanto segna il formale superamento di quella rigida separatezza che aveva caratterizzato i rapporti tra l'apparato istituzionale dell'Unione e quello di ciascuno Stato membro.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, istituita nel 1959 "*per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli*" (art. 9 CEDU), attraverso le sue pronunce fa vivere le norme CEDU nelle dinamiche della vita economico-sociale dei paesi del Consiglio d'Europa. L'interpretazione che di esse rende la Corte sono vincolanti³⁶ per le Alte parti contraenti, le quali si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie in cui sono stati parti (art. 46 CEDU).

Sulla base di una rigorosa lettura dell'art. 46 CEDU, che impone agli Stati contraenti l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo di cui sono parti, la Corte costituzionale ha ritenuto che nel caso in cui un individuo sia stato condannato con sentenza penale, a seguito di un processo nel corso del quale non siano state rispettate le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, il mezzo più appropriato per porre rimedio alla violazione accertata dalla Corte europea di Strasburgo è costituito da un nuovo processo³⁷ o dalla riapertura del pro-

³⁵ In argomento, tra i tanti, si rinvia a A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, 2005, pp. 130 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le corti supreme nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 3112 ss.; E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2247; P. TONINI, *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme*, in *Diritto penale e processo*, 2008, pp. 417 ss.; D. NEGRI-S. CARNEVALE, *Corte Europea e iniquità del giudicato penale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, pp. 1229 ss.; A. GIARDA, *Italia e giurisprudenza europea: "Io speriamo che me la cavo"*, in *Diritto penale e processo*, 2006.

³⁶ In questo senso si è di recente espressa anche la Corte di Cassazione nella sentenza n. 11987 dell'8 agosto 2002. Al par. 6 si legge, infatti, che «ancorché debba riconoscersi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, (...), valore di precedente, di cui non si può non tenere conto, (...), ciò però che deve escludersi è, infatti, l'asserito vincolo diretto che dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo deriverebbe per il giudice italiano. Diversamente dalle sentenze della Corte di giustizia europea di Lussemburgo, (...), per le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo non sussistono, nel quadro delle fonti, analoghi meccanismi normativi che ne prevedano la diretta vincolatività per il giudice italiano». Il testo integrale della sentenza può essere consultato in *Riv. Dir. It.*, n. 4, 2002, p. 1104 ss.

³⁷ Pacifica in tal senso la posizione della dottrina: v. R. M. GERACI, *La revisione quale rimedio interno dopo le condanne della Corte di Strasburgo: un avanzamento di tutela e molte incognite*, in *Proc. pen. e Giust.*, Anno I, n. 4-2011, pp. 93 ss.

cesso a richiesta dell'interessato.

In questo caso, l'esigenza di assicurare il doveroso adempimento³⁸ agli obblighi europei non si limita ad incidere su una specifica disposizione contrastante con la Convenzione; l'esigenza di adeguamento agli obblighi europei induce la Corte costituzionale a prendere una decisione di impatto assai più ampio, venendo a trasformare un fondamentale istituto della procedura penale in modo da aprire un canale di collegamento diretto tra la Corte di Strasburgo e i giudici italiani.

L'art. 46 CEDU, in ordine all'esecuzione³⁹ delle sentenze della Corte di Strasburgo, nulla dispone circa le modalità ed i tempi di attuazione delle stesse: gli Stati, dunque, sono liberi di adottare le misure⁴⁰ che ritengono più opportune, anche in ragione della peculiarità dei loro ordinamenti interni.

La Convenzione attribuisce il compito di sorveglianza sull'esecuzione delle sentenze definitive al Comitato dei Ministri (art. 46 § 2), po-

³⁸ A. GUAZZAROTTI-A. COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, su www.forumcostituzionale.it, 2006, p. 1. In tal senso si è espressa la Corte regolatrice anche in altre occasioni, statuendo che «alla doverosa osservanza degli obblighi che scaturiscono dai provvedimenti anche provvisori della Corte di Strasburgo, oltre al Governo, sono tenute tutte le istituzioni della Repubblica, compresi gli organi giurisdizionali nell'ambito delle rispettive competenze [...]» (Cass., sez. VI, 28 aprile 2010, n. 20514).

³⁹ B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, (a cura di) N. ZANON, Roma-Napoli, 2006, pp. 295 ss. E. Aprile, I "meccanismi" di adeguamento alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisprudenza di legittimità, in Cass. pen., 2011, p. 3216 ss.

⁴⁰ In proposito, cfr. *Marckx c. Belgio*, sentenza del 13 giugno 1979, par. 58; *Campbell e Cosans c. Regno Unito*, sentenza del 22 marzo 1983, par. 16; *McGoff c. Svezia*, sentenza del 26 ottobre 1985, par. 31; *Johnston e altri c. Irlanda*, sentenza del 18 dicembre 1986, par. 77; *Belilos c. Svizzera*, sentenza del 29 aprile 1988, par. 78; *Pauwels c. Belgio*, sentenza del 26 maggio 1988, par. 41; *Norris c. Irlanda*, sentenza del 26 ottobre 1988, par. 50; *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, sentenza del 31 ottobre 1995, par. 34; *Scozzari e Giunta c. Italia*, sentenza del 13 luglio 2000, par. 249; *Iatridis c. Grecia*, sentenza del 19 ottobre 2000, par. 33, cfr. *Sejdovic c. Italia*, sentenza del 10 novembre 2003, par. 46 e *Sejdovic c. Italia* (GC), sentenza del 1° marzo 2006, par. 199. Tuttavia tale obbligo, ed il relativo controllo, è limitato al raggiungimento del risultato indicato nella sentenza, lasciando alla discrezione delle Alte Parti Contraenti la scelta dei mezzi, tanto di natura normativa – cfr. legge Pinto e legge Azzolini –, che di natura giurisprudenziale – cfr. sentenze Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 – per perseguire lo scopo prefissato. Il dispositivo dell'art. 46 è giuridicamente comparabile con l'art. 94, comma 1 della Carta delle Nazioni Unite: «Ciascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte comma 2. Se una delle parti di una controversia non adempie agli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla Corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di Sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario, di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione.»

tere che caratterizza il sistema di tutela della Convenzione.⁴¹

In questo senso si è più volte espressa la Corte di Strasburgo, affermando che «le giurisdizioni nazionali devono, nella misura del possibile, interpretare e applicare il diritto interno conformemente alle disposizioni della Convenzione».⁴²

L'art. 41 CEDU, tuttavia, prevede: "*Se la Corte dichiara che vi sia stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*". Ferma restando, quindi, la discrezionalità delle Alte parti contraenti sulle modalità di attuazione delle sentenze della Corte Europea, la Convenzione sembra privilegiare le misure che offrono una riparazione in forma specifica dei danni da violazione delle norme CEDU; l'indennizzo economico, infatti, è misura sussidiaria e comunque meramente integrativa, non certo alternativo - sostitutiva.

La Corte Costituzionale ha precisato più volte (si vedano a proposito le cd. sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007)⁴³, che in questo caso

⁴¹ E. LAMBERT ABDELGAWAD, *L'execution des arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, 2008.

⁴² Si vedano, tra le altre, le seguenti pronunce: *Pellegrini c. Italia*, sentenza del 20 luglio 2001, par. 14 e *Scordino c. Italia*, sentenza del 27 marzo 2003, par. 12. Per alcune considerazioni in merito a questo profilo, cfr. P. PIRRONE, *Il Caso Pellegrini dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: efficacia in Italia delle sentenze ecclesiastiche ed equo processo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, IV, p. 2063 ss.

⁴³ La Corte costituzionale con le cd. "sentenze gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007, ha chiarito il valore da riconoscere alle norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e alle sentenze della Corte di Strasburgo che la interpretano ed applicano, stabilendo che esse assumono il rango di "norme interposte" che, fornendo i contenuti al parametro costituzionale dell'art. 117 Cost., possono determinare, ove non sia praticabile una "interpretazione orientata" della disposizione interna in modo da poterla considerare "conforme" alla Convenzione e alle sentenze della Corte di Strasburgo, l'illegittimità costituzionale di norme interne contrastanti, all'esito di un "giudizio di bilanciamento" con gli altri principi costituzionali dello Stato, senza legittimare il giudice ordinario alla diretta disapplicazione della norma interna contrastante tramite l'art. 11 Cost., riferibile invece al solo diritto comunitario direttamente efficace. Sulle "sentenze gemelle", fra la sterminata produzione dottrinale sul punto, cfr. almeno M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, 5, p. 3564; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 995; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, 2, p. 201; L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, 1, I, p. 47; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, primo comma, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, p. 3574; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348-349/2007: la Cedu da*

il giudice nazionale non potrà né applicare la norma nazionale contraria a Costituzione, per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., né disapplicare la norma nazionale confliggente in favore della norma CEDU, priva di efficacia diretta; egli potrà solo tentare un'interpretazione della norma nazionale conforme a Convenzione, così come quest'ultima vive nella giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo. Qualora il conflitto non sia componibile in tali termini, il giudice nazionale non potrà esimersi, per evitare l'empasse, dal sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma nazionale, per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., in relazione alla norma CEDU contrastante, quale norma interposta.

Spetterà, dunque, alla Corte Costituzionale risolvere il conflitto, ai sensi dell'art. 134 Cost.

Sulla corretta interpretazione dell'art. 6.3 TUE sono intervenute sia la Corte costituzionale italiana sia la Corte di giustizia dell'Unione europea. Con la sentenza n. 80 del 2011⁴⁴, la Corte costituzionale italiana si è soffermata in modo ampio sull'impatto del nuovo articolo 6 TUE sulla tutela multilivello dei diritti fondamentali, in particolare chiarendo che il richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6 costituisce «una disposizione che riprende [...] lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona»⁴⁵, cosic-

*fonte "ordinaria" a fonte "sub-costituzionale" del diritto, in www.forumcostituzionale.it; R. CONTI, La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo, in *Corr. Giur.*, 2008, 2, p. 205; R. DICKMAN, Corte costituzionale e contro limiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e CEDU (dalle sent. nn. 348 e 349 del 2007 alla sent. n. 264 del 2012), su www.federalismi.it, 16 settembre 2013.*

⁴⁴ Cfr. A. RUGGIERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della C.E.D.U. e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. 80 del 2011)*, in www.forumcostituzionale.it; A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in www.giurcost.org.

⁴⁵ Il Trattato di Lisbona - che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea - è stato firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007 dai rappresentanti dei 27 Stati membri dell'Unione Europea (Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Gran Bretagna, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Ungheria) ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Esso rappresenta il punto di arrivo di un lungo processo di revisione dei trattati europei, avviato a metà degli anni 1980 con l'Atto unico europeo. Dapprima l'esigenza di creare le basi di uno spazio europeo senza frontiere e poi la prospettiva dell'allargamento ai Paesi dell'Europa centrale e orientale dopo la caduta del muro di Berlino hanno reso indispensabile un'ampia e profonda riforma delle istituzioni europee. Nonostante i passi in avanti compiuti con accordi raggiunti all'unanimità, i trattati di Maastricht, Amsterdam (Trattato che modifica il Trattato sull'Unione Europea, i Trattati che isti-

ché non si può in alcun modo ritenere che esso possa essere interpretato nel senso di voler trasformare la Convenzione in una parte del diritto dell'Unione. Successive pronunce della Corte costituzionale hanno ulteriormente consolidato questa interpretazione, escludendo che l'art. 6.3 TUE abiliti il giudice nazionale a disapplicare la legge interna contrastante con i principi della Convenzione. In particolare, la sentenza n. 210 del 2013⁴⁶ chiarisce e ribadisce che «in linea di principio, dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost., né, correlativamente, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la predetta Convenzione» (sentenze n. 303 del 2011; n. 349 del 2007)».

L'evoluzione giurisprudenziale ha risentito delle modifiche normative che si sono succedute nel tempo, a livello internazionale, con i consequenziali riflessi interni. I primi segnali tangibili si hanno con l'adozione del Protocollo 11 di modifica dell'articolo 46⁴⁷, firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, ratificato dall'Italia con la legge 28 agosto 1997, n. 296.

A partire dal gennaio 2000, il Comitato dei Ministri, con la Racco-

tuiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi) e Nizza (Trattato che modifica il Trattato sull'Unione Europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi) non avevano apportato risposte adeguate ai problemi della dimensione democratica e dell'efficacia dell'Unione Europea (UE); così, essa era entrata nel 21° sec. con la promessa di unificare progressivamente il vecchio continente, senza aver saldato il conto dei residui lasciati dalle precedenti conferenze intergovernative.

L'Italia ha provveduto alla ratifica tramite voto parlamentare avvenuto il 31 luglio 2008 con 551 voti favorevoli, nessuna astensione e nessun contrario, in *www.treccani.it*.

Per una compiuta riflessione sui temi della cooperazione penalistica nell'Unione europea e delle sue prospettive nell'imminenza della entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr. M. CHERIF BASSIOUNI – V. MILITELLO – H. SATZGER (a cura di), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1-2008, p. 21 afferma che «sarebbe improprio ridurre il Trattato di Lisbona ad una operazione "gattopardesca" volta a preservare surrettiziamente la sostanza del suo predecessore»; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali nell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011.

⁴⁶ Cfr. D. A. AMBROSELLI, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla retroattività della lex mitior; applicabilità del giudizio-pilota a fattispecie ad esso assimilabili non pervenute alla Corte di Strasburgo. Questioni a margine della sentenza n. 210 del 2013 della Corte Costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 3 febbraio 2014.

⁴⁷ L'art. 46 della CEDU impegna, al paragrafo 1, gli Stati contraenti «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte [europea dei diritti dell'uomo] sulle controversie di cui sono parti»; soggiungendo, al paragrafo 2, che «la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei ministri che ne controlla l'esecuzione».

mandazione R-2000- 2⁴⁸, indirizzata a tutti gli Stati contraenti, sollecitava il riesame o la riapertura di casi nazionali oggetto delle censure della Corte europea, attribuendosi il potere di verifica del modo, pur del tutto discrezionale, in cui lo Stato destinatario della pronuncia di condanna aveva ritenuto di adempiere, sia con misure individuali, al fine di far cessare la violazione, sia attraverso misure generali volte a prevenire situazioni illecite simili future. In modo particolare, l'Italia già era finita sotto osservazione per la vicenda Dorigo⁴⁹, in relazione alla quale la Commissione europea, con rapporto del 9 settembre 1998 - fatta propria dal Comitato dei Ministri con la risoluzione ResDH(99) 258, adottata il 15 aprile 1999, aveva dichiarato la non equità del processo in relazione all'articolo 6, § 3, lettera d) della CEDU, in quanto erano state acquisite in sede processuale dichiarazioni etero-accusatorie in assenza di contraddittorio. Peraltro, con tre ulteriori Risoluzioni interinali (ResDH(2002) 30 del 19 febbraio 2002, ResDH(2004) 13, del 10 febbraio 2004, e ResDH(2005) 85, del 12 ottobre 2005), il Comitato dei Ministri aveva constatato come, sino a quel momento, non fosse stato adottato alcuno strumento tecnico per la riapertura del processo a carico di Paolo Dorigo.

Altra tappa decisiva, più recente, è rappresentata dall'approvazio-

⁴⁸ Recommendation No. R(2000)2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights consultabile sul sito Internet del Consiglio d'Europa, insieme ad un importante *Explanatory Memorandum* che ne chiarisce e sviluppa alcuni aspetti centrali. In traduzione italiana, può leggersi in *Diritto penale e processo*, 2000, p. 391. In tale Raccomandazione, il Comitato dei ministri - dopo aver osservato che «the practice of the Committee of Ministers in supervising the execution of the Court's judgments shows that in exceptional circumstances the re-examination of a case or a reopening of proceedings has proved the most efficient, if not the only, means of achieving *restitutio in integrum*» - ha invitato gli Stati a «ensure that there exist at national level adequate possibilities to achieve, as far as possible, *restitutio in integrum*»; e, «in particular, (...) to examine their national legal systems with a view to ensuring that there exist adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention, especially where: (i) the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and (ii) the judgment of the Court leads to the conclusion that (a) the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention, or (b) the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of».

⁴⁹ Cass., Sez. I, 25 gennaio 2007, Dorigo, in *Quest. Giust.*, 2007, p. 159, con commento di A. GUZZAROTTI, «Il caso Dorigo»: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno, cit., p. 149, e in *Guida dir.*, 2007, p. 9, p. 74, con nota di A. SCALEATI, *I giudici offrono un «rimedio tampon»*, in attesa che si colmi il vuoto legislativo.

ne del Protocollo 14⁵⁰ alla Convenzione, firmato a Strasburgo il 13 maggio 2004, ratificato con la legge 15 dicembre 2005, n. 280, attraverso il quale, si è emendato l'articolo 46 della Convenzione, attribuendo più incisivi poteri di controllo e di impulso al Comitato dei Ministri che ha la facoltà di chiamare in giudizio davanti alla Grande Camera uno Stato che rifiuti di dare esecuzione ad una sentenza definitiva della Corte, nonché di chiedere l'interpretazione di una sentenza.

Lo Stato condannato è obbligato non solo a versare al ricorrente le somme eventualmente accordate a titolo di equa soddisfazione, ma innanzitutto, a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei ministri, le misure individuali e/o generali, se del caso, destinate a porre termine alla violazione constatata e a rimuoverne, per quanto possibile, le conseguenze.⁵¹ Lo Stato gode della libertà di scelta delle modalità per adeguarsi a tali obblighi, modalità che devono comunque essere compatibili con le conclusioni della Corte. La decisione di condanna della Corte non obbliga a riformare le pronunce interne, risultanti da un processo nello svolgimento del quale si sia riscontrata la violazione di un diritto, di conseguenza se l'ordinamento nazionale non permette di rimediare a tale violazione, al ricorrente non rimane che il risarcimento monetario.

La legge di ratifica n. 280/2005 è stata approvata senza alcuna modifica del codice di procedura, limitandosi gli interventi al solo ordine

⁵⁰ L'Italia ha recepito senza alcuna riserva tale Protocollo, ratificato con la legge 15 dicembre 2005, n. 280 (cfr. art. 2, "*piena ed intera esecuzione è data al Protocollo di cui all'art. 1 ...*"), entrata in vigore il 6 gennaio 2006, contemporaneamente ad altro significativo intervento legislativo, rappresentato dalla legge 9 gennaio 2006, n. 12, con la quale, aggiungendo la lettera *a-bis* all'articolo 5, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, è stato attribuito alla Presidenza del Consiglio l'onere di promuovere "*gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato Italiano*", anche a mezzo delle opportune comunicazioni istituzionali al fine di sollecitare le iniziative parlamentari sul punto.

Sulla struttura e i contenuti del Protocollo cfr., tra l'altro, U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Com. int.*, 2004, p. 487 ss.; E. SAVARESE, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 714 ss.; L.-A. SICILIANOS, *L'objectif primordial du Protocole n. 14 à la Convention européenne des Droits de l'Homme: alléger la charge de travail de la Cour*, in G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS, *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme (le Protocole n.14 et les Recommandations et Résolutions du Comité des ministres)*, Bruxelles, 2005, p. 55 ss.; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilote" (en marge de l'arrêt Broniowski)*, in *Riv. trim. dr. eur.*, 2005, p. 203 ss.; F. SALERNO, *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n. 14 alla procedura della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 377 ss.

⁵¹ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*; Corte EDU, Grande Camera, 8 aprile 2004, *Assanidze c. Georgia*.

di esecuzione⁵². Tuttavia il Governo ha adottato il D.L. n. 17/2005, convertito poi in legge n. 60/2005, di modifica dell'art. 175, comma 2 c.p.p. La novella prevede che in caso di sentenza contumaciale⁵³ l'imputato sia restituito nel termine per proporre impugnazione. Si introduce cioè una presunzione *iuris tantum* di non conoscenza, ponendo a carico del giudice l'onere della prova contraria.

In particolare, la sentenza n. 317 del 2009⁵⁴ della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, c.p.p. che precludeva l'impugnazione della sentenza di condanna da parte dell'imputato giudicato in contumacia che non abbia avuto contezza del processo e non abbia potuto, per questo motivo, partecipare al suo svolgimento, quando l'impugnazione sia già stata proposta dal difensore.

Tale dichiarazione di illegittimità costituzionale è diretta conseguenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ripetutamente condannato l'Italia per il deficit di garanzie che contraddistingue il processo in contumacia. La Corte ha valutato la normativa italiana, in questo caso, alla luce di parametri sia interni (art. 24 e 11 Cost., che sanciscono i diritti di difesa e il giusto processo⁵⁵), sia esterni, e in par-

⁵² Cfr. B. NASCIBENE, *Violazione «strutturale», violazione «grave» ed esigenze interpretative della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.* 2006/3, p. 655; P. TANZARELLA, *Nuovi compiti al Presidente del Consiglio per l'esecuzione delle sentenze di Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2/2006, 372.

⁵³ Sull'istituto della contumacia cfr., per tutti, A. MANGIARANCINA, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, 2012; P. MOSCARDINI, *La contumacia dell'imputato*, Milano, 1997; G. UBERTIS, *La contumacia e l'assenza dell'imputato*, Padova, 1989; Corte EDU, sent. 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*; Corte EDU, sent. 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 983 con nota di TAMIETTI, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*; Per una ricostruzione dei vari interventi della Corte di Strasburgo in materia cfr. D. VIGANI, *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*, Padova, 1992.

⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza del 4 dicembre 2009, n. 317 del 2009, in *www.cortecostituzionale.it*; nonché in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 4764, con nota di P. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il margine di apprezzamento statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*; A. RUGGIERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *www.forumcostituzionale.it*.

⁵⁵ Cfr., per tutti, AA.VV. *Fisionomia costituzionale del processo penale*, (a cura di) G. DEAN, Torino, 2007; CHIAVARO, *Processo e garanzia della persona*, v. I e II, Milano, 1982-1984; G. DI CHIARA, *Diritto processuale penale*, in G. DI CHIARA-G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 189 ss.; G. RICCIO, A. DE CARO, S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, Principi generali*, I, Torino, 2004, p. 99 ss.; D. CARCANO, D. MANZIONE, *Il giusto processo. Commento alla legge 1° marzo 2001, n. 63*, Milano, 2001, p. 15; P. TONINI, *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)* Padova, 2001.

ticolare l'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, che sono rilevanti nel giudizio di costituzionalità in virtù del richiamo operato dall'art. 117, comma 1 Cost.

L'interazione tra le Corti ha dato origine ad una generale riforma del processo in contumacia,⁵⁶ culminate nella complessa vicenda del caso Melloni,⁵⁷ che ha coinvolto tra l'altro anche il tribunale costituzionale spagnolo e la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE Sentenza 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni, decisa su rinvio pregiudiziale del Tribunal constitucional spagnolo, seguita dalla sentenza del medesimo Tribunal del 13 febbraio 2014, recurso de amparo 6922/2008, Melloni): proprio a seguito di tale vicenda, il legislatore italiano è intervenuto con la legge 28 aprile 2014, n. 67⁵⁸ riformando il processo in contumacia in modo tale che il processo penale oggi può essere celebrato in assenza dell'imputato solo a condizione che quest'ultimo sia a conoscenza del processo e comunque con più robusti presidi a garanzia della difesa dell'imputato.

⁵⁶ In argomento S. FAGA, *Ancora sul rapporto tra diritto interno e CEDU: una "contaminazione virtuosa" delle due prospettive*, in *Giur. it.* 2010, p. 1780 ss.

⁵⁷ T.E. EPIDENDIO, *Il caso Melloni. Il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2013, p. 451 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *www.rivistaaic.it*, Osservatorio, ottobre 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritto fondamentali, mandato di arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il "caso Melloni"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 maggio 2013; R. CONTI, *Il caso Melloni: Corte Giust. Unione Europea 26 febbraio 2013 (Grande Sezione) C-399/11. Un'occasione da non perdere per alimentare il dialogo fra Giudici*, in «Cultura e diritti», 2/2013, p. 109 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust. Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscale)*, in *www.diritticomparati.it*, 2 aprile 2013; ID., *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, Torino, 2014, XVII, 87, 91.

⁵⁸ Sul tema cfr. A. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, p. 1 ss.; M.S. CALABRETTA-A. MARI, *La sospensione del procedimento (legge 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Il penalista*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 43; S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irripetibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *www.penalecontemporaneo.it* (30 aprile 2014); Rel. n. III/07/2014, *Novità legislative: legge 28 aprile 2014, n. 67, Parte II, Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, (a cura di) P. SILVESTRI, in *www.cortedicassazione.it*; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida dir.* 2014, n. 21, p. 96 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 509 ss.; L. VIGNALE, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, in *www.magistraturademocratica.it*; GALLO, *Sospensione del procedimento nei confronti degli irripetibili. Una prima lettura*, Napoli, relazione del 17 aprile 2014.

Tuttavia, la vicenda giurisprudenziale che indubbiamente ha esplicato il maggiore impatto sistematico è stata l'introduzione, con sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011⁵⁹, di una nuova ipotesi di revisione del processo penale, per i casi in cui un giudizio di condanna sia stato pronunciato in violazione del principio dell'equo processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU. Tale decisione ha arricchito l'ordinamento italiano (e specificamente l'art. 630 c.p.p.) di una nuova ipotesi di revisione del processo penale, per consentire la riapertura del processo penale già definito con decisione irrevocabile, nei casi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ne abbia accertata l'innuità per violazione delle garanzie processuali. La decisione della Corte costituzionale, per molti aspetti innovativa, è intervenuta in seguito ad una lunga e complessa vicenda giudiziaria (il caso Dorigo), nel corso della quale la stessa Corte costituzionale aveva già avuto modo di pronunciarsi (sent. 129 del 2008)⁶⁰.

⁵⁹ Tra i vari commenti v. G. REPETO, *Corte Costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistematici*, in *Giust. cost.*, 2011, p. 1548 ss.; G. CANZIO, *Passato, presente (e futuro?) dei rapporti tra giudicato "europeo" e giudicato penale italiano*, in *Legisl. pen.*, 2011, p. 465 ss.; M. CHIAVARIO, *La Corte costituzionale ha svolto il suo compito: ora tocca ad altri*, in *Legisl. pen.*, 2011, p. 495 ss.; R. GRECO, *Dialoghi tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, in *Consulta On Line*, 2011, www.giurcost.org; L. PARLATO, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 833 ss.; P.P. RIVELLO, *La Corte costituzionale interviene sull'istituto della revisione al fine di garantire l'obbligo di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1169 ss.; G. CANZIO-R.E. KOSTORIS-A. RUGGIERI, *Gli effetti dei giudicati "europei" sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 2, 28 giugno 2011.

⁶⁰ Nella sentenza 30 aprile 2008, n. 129, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 630, comma 1, lett. a) c.p.p., nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza (o del decreto penale di condanna) con la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 CEDU. Tuttavia, essa aveva dichiarato di "non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU. Per un commento, cfr. C. CIUFFETTI, *Prime osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 129 del 2008*, in www.federalismi.it, n. 10/2008; V. SCIARABBA, *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e ... legislatore?*, in www.forumcostituzionale.it; T. GIOVANETTI-P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovrannazionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, 2011, p. 306 ss.; G. MANTOVANI, *La sentenza n. 129 del 2008 e la "riparazione" delle violazioni dell'art. 6 CEDU*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2679 ss.; V.L. DE MATTEIS, *Tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione: la Corte costituzionale in tema di revisione a seguito di condanna da parte della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3994 ss.; G. CAMPANELLI, *La sentenza 128/2008 della Corte costituzionale e il valore delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, FI 2009.

Grazie alla "revisione europea" del processo penale, introdotta con la decisione della Corte costituzionale, ogni sentenza della Corte di Strasburgo che accerti la violazione dei principi del giusto processo costituisce un valido titolo per riconsiderare le decisioni assunte, anche in via definitiva, dai giudici penali italiani.

Inoltre, la diretta forza vincolante delle pronunce della Corte europea sui casi trattati dalla giurisdizione nazionale si rinviene anche nel D.P.R. 28 novembre 2005, n. 289, (*"Regolamento recante integrazioni al Testo Unico di cui al D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di Casellario giudiziale"*), ove si prevede, sulla spinta di Morales c. Italia, del 2000 l'iscrizione nel Casellario giudiziale⁶¹ anche della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo concernente *"provvedimenti giudiziali ed amministrativi definiti dalle Autorità nazionali e già iscritti"* (art. 1).

In tal modo l'Italia aggiunge un ulteriore effetto riparatorio: l'immediata visibilità delle sentenze EDU ogni volta che si debba esibire il proprio certificato penale.

La Cassazione, fino al 2004, ha sempre rifiutato la diretta forza vincolante da parte della Convenzione nel diritto interno, pur riconoscendo la funzione di orientamento ed indirizzo che le decisioni di Strasburgo svolgono nei confronti della giurisprudenza interna⁶². Infatti, i giudici nazionali sono tenuti ad esporre i motivi in base ai quali pervengono ad un risultato ermeneutico diverso⁶³.

Nel gennaio 2004, per altro, la Cassazione, con quattro sentenze⁶⁴,

⁶¹ V. Corte EDU, sent. 16 novembre 2000, *Rojas Morale c. Italia* (ricorso n. 39676/98) in *Riv. dir. int. uomo*, 2000, p. 283.

⁶² La Cass. Pen. Sez. IV, 18 novembre 2003, n. 1969, pur richiamandosi a precedente giurisprudenza della Corte europea, afferma che «Costituisce orientamento giurisprudenziale quello secondo cui, ancorché debba riconoscersi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo valore di precedente nell'esame delle controversie attinenti a situazioni giuridiche protette dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, deve negarsi valore di vincolo diretto delle sentenze per il giudice italiano». Su questa linea già Cass. 26 luglio 2002, n. 11046, 2 agosto 2002, n. 11573 e n. 11600 ed altre richiamate nella sentenza del 2003.

⁶³ Cass. Sez. Un. 14 aprile 2003, n. 5092.

⁶⁴ Cass. Sez. Un. Civ. Sentenze n. 1338, 1339, 1340, 1341 del 26 gennaio 2004. In particolare si legge nella sentenza n. 1340 *"L'ambito giuridico della riparazione equitativa del danno non patrimoniale è, in altri termini, segnato dal rispetto della Convenzione Europea dei Diritti Umani, per come essa vive nelle decisioni, da parte di detta Corte, di casi simili a quello portato all'esame dal giudice nazionale"*. Le sentenze hanno negato che la fattispecie prevista dalla norma nazionale assumesse connotati diversi da quelli fissati dalla CEDU, rispetto alla quale la stessa norma interna va considerata non costitutiva del diritto all'equa riparazione per la non ragionevole durata del processo, ma unicamente istitutiva del ricorso interno - prima inesistente - per assicurare una tutela efficace alle vittime della violazione di questo diritto. Tutela disposta dall'art. 13 della Convenzione che sta-

ha riconosciuto la diretta applicabilità della giurisprudenza EDU in tema di risarcimento del danno, a carico dello Stato italiano, per la durata non ragionevole dei processi, ponendo fine ad una sorta di conflitto che si era venuto a creare con la Corte europea. Questa, infatti, in una precedente decisione di ammissibilità relativa al caso Scordino⁶⁵ aveva affermato che la legge italiana (conosciuta come legge Pinto)⁶⁶ adottata per la riparazione del danno creato da un'irragionevole durata del processo, doveva essere applicata anche alla luce della giurisprudenza di Strasburgo e che tale giurisprudenza costituiva, in realtà, parte integrante della Convenzione. A ben vedere, la Corte europea in relazione alla incompletezza della tutela accordata per la riparazione del danno dalle Corti d'appello in applicazione della stessa legge italiana, aveva asserito che "deriva dal principio di sussidiarietà che le giurisdizioni nazionali devono, per quanto possibile, interpretare ed applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione".

Con riferimento all'efficacia in generale delle sentenze CEDU nell'ordinamento italiano, duole dire che finora il legislatore non ha predisposto strumenti omnicomprensivi per la loro applicazione⁶⁷.

bilisce il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale e il cui esperimento preventivo costituisce condizione di procedibilità del ricorso alla Corte di Strasburgo. Prima dell'introduzione del ricorso nell'ordinamento nazionale, il ricorso alla Corte EDU era proponibile in via diretta e immediata (ai sensi dell'art. 34 della Convenzione).

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, I sez. decisione del 27 marzo 2003.

⁶⁶ Legge n. 89 del 2001, c.d. Pinto, ha introdotto nel nostro ordinamento una via di ricorso che permette di addivinare ad una equa riparazione per "chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". Questa legge è emblematica del funzionamento dei rapporti fra CEDU e ordinamento interno: la Corte di Strasburgo ravvisa una violazione strutturale, condanna ripetutamente lo Stato, nelle sentenze di condanna fa le sue osservazioni, lo Stato le recepisce e le tramuta in legge. Nel caso di specie, la l. n. 89/2001 prevede la possibilità di adire, per la violazione dell'art 6 par. 1 della CEDU, le competenti autorità giudiziarie dell'ordinamento interno al fine di vedere riconosciuto al cittadino italiano un risarcimento del danno da irragionevole durata di un procedimento giudiziario. Orbene, in ossequio al principio di sussidiarietà, questo strumento legislativo ha avuto modo di assicurare il rispetto di una norma contenuta nella Convenzione, nonché di garantire l'effettività delle sentenze di condanna sul punto emesse, ripetutamente, dalla Corte di Strasburgo.

⁶⁷ In effetti, l'unico contributo normativo in materia è rintracciabile nella l. n. 12 del 2006 – anche nota come legge Azzolini – che all'articolo 5, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, dopo la lettera a) inserisce la seguente modifica: ... «a-bis) promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce».

Lo Stato italiano, a differenza di altri Paesi europei⁶⁸, quali la Francia, l'Austria, la Germania, il Regno Unito, la Polonia, la Bulgaria, la Svizzera, non si è ad oggi dotato di disposizioni normative che consentano la riapertura o la ripetizione del processo dopo la censura da parte della Corte in ordine alla violazione di un diritto sostanziale riconosciuto dalla Convenzione o alla constatazione di un vizio procedurale che abbia inciso sulla sorte del procedimento⁶⁹.

Attualmente gli unici istituti processuali in grado di garantire teoricamente una riapertura del processo sono stati individuati, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nella revisione ex art. 629 ss. cod. proc. pen., ovvero nel ricorso straordinario per cassazione ex art. 625-bis, cod. proc. pen.⁷⁰. Altre soluzioni individuate dalla giurisprudenza di legittimità – ad es. l'imposizione al giudice dell'esecuzione di dichiarare, ex art. 670 c.p.p. l'ineseguibilità del giudicato dichiarato non equo dalla Corte di Strasburgo ai sensi dell'art. 6 della CEDU⁷¹ – si sono ridotti in rimedi processuali che, se idonei a paralizzare l'esecuzione della sentenza definitiva non equa, non valgono ad assecondare il principio della riapertura del procedimento auspicato da Strasburgo.

I confini⁷² tra la Carta dei diritti dell'Unione europea e le Costitu-

⁶⁸ Per un quadro comparativo delle soluzioni adottate nelle legislazioni di diversi Paesi europei v. saggio di M. GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1844.

⁶⁹ L'assenza, all'interno del vigente sistema processuale penale, di un apposito rimedio destinato ad attuare l'obbligo statutale di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo che accertino la violazione della Convenzione ovvero di uno dei Protocolli addizionali costituisce oggetto di annoso dibattito. In argomento A. SACCUCCI, *Revisione dei processi in ottemperanza alla sentenze della Corte europea: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 247; A. SCALFATI, *Libertà fondamentali e accertamento giudiziario: la revisione del processo a seguito di pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in Di CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 447.

⁷⁰ E. APRILE, *I "meccanismi" di adeguamento alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3216 ss.

⁷¹ Cfr. CEDU sent. 9 settembre, *Dorigo c Italia*, reperibile sul sito del Consiglio d'Europa www.coe.int.

⁷² M. CARTABIA, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti: un problema del futuro o una realtà presente?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2001, p. 521; B. CONFORTI, *Valore ed efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno*, Padova, 2001; M.E. COMBA, *Diritti e confini: dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Torino 2002; L.S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002; R. TONIATTI, *Diritto, diritti, giurisdizione: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, 2003; F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione Europea*, Padova, 2005; A. BULDRINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano e europeo*, Napoli, 2009; G. DE MAURO, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti*, Torino, 2009; S. GAMBINO, *Diritti fonda-*

zioni nazionali sono, ancora, in via di definizione. Le zone grigie sono numerose e i principi per orientarsi negli ambiti in cui meno nitida è la separazione di competenza ancora attendono di essere compiutamente elaborati.

3. Corte EDU, sent. 9 settembre 1998, il caso Dorigo e il principio di immediata precettività delle norme della Cedu

Paolo Dorigo⁷³, con sentenza del 3 ottobre 1994, divenuta irrevocabile il 27 marzo 1996, fu condannato dalla Corte di assise di Udine alla pena di anni tredici e mesi sei di reclusione, oltre a pena pecuniaria, quale imputato dei delitti di associazione con finalità di terrorismo, ricettazione, banda armata, detenzione e porto illegale di armi, attentato con finalità terroristiche e rapina: imputazioni, queste, elevate in relazione ad

mentali e Unione europea, Milano, 2010; Sulle problematiche inerenti la difficile trasposizione della giurisprudenza CEDU nell'ordinamento nazionale si veda F. GALLO, *Rapporti fra Costituzione e Corte EDU*, Bruxelles, 24 maggio 2012, in www.cortecostituzionale.it.

⁷³ Sul tema data la vastità del materiale a disposizione si rinvia tra gli altri a: *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il "caso Dorigo" e gli interventi della Corte costituzionale*, (a cura di) A. BALSAMO e ROBERTO E. KOSTORIS, Torino, 2008; L. DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudizio penale: osservazioni intorno al caso Dorigo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1448; D. MANZIONE, "Casos Dorigo" e dintorni: una "blessing in disguise" della Corte suprema (e non solo)? A proposito di "processo equo" e in eseguibilità del giudicato, in *Legisl. pen.*, 2007, p. 269; A. GUAZZAROTTI, Il "caso Dorigo": una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?, in *Questione giustizia*, 2007, p. 149 ss.; A. SCALFATI, I giudici offrono un «rimedio tampone», in attesa che si colmi il vuoto legislativo, in *Guida dir.*, 2007, n. 9, p. 74; N. PLASTINA, *Caso «Dorigo»: la cassazione ritorna sui rapporti tra giudicato penale interno e sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo – Aspettando la consulta e (forse) il parlamento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1441; A. BALSAMO, *La cassazione e il caso «Dorigo»: nuovi orizzonti della giurisdizione penale nella tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1538; S. LONATI, «Il caso Dorigo»: un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 1333; O. MAZZA, *L'esecuzione può attendere: il caso «Dorigo» e la condanna ineseguibile per accertata violazione della Cedu*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2637; M. DE SALVIA, *L'obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa*, in A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS, (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il "caso Dorigo" e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 73; M. GIALUZ, *Il caso Dorigo: questione mal posta, ma con qualche (tenue) speranza di essere accolta*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo* (a cura di) R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2007; A. TAMIETTI, *Un ulteriore passo verso una piena esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di equo processo: il giudicato nazionale non è di ostacolo alla riapertura dei processi*, in *Cass. pen.*, n. 3, 2007, p. 1015 ss.; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.

un attentato compiuto presso la base NATO di Aviano, rivendicato dalle BR. La condanna si reggeva esclusivamente sulle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da tre coimputati che egli non aveva potuto interrogare, in quanto nella fase dibattimentale, si erano avvalsi della facoltà di non rispondere.

In data 9 settembre 1998 la Commissione europea dei diritti dell'uomo (oggi Corte europea dei diritti dell'uomo) dichiarò l'illegittimità di quella condanna, poiché violava il principio del contraddittorio di cui all'art. 6 della CEDU visto che il condannato non aveva potuto interrogare i testimoni a carico, sottrattisi volontariamente al dibattimento. La decisione tardò a essere ottemperata in quanto non esisteva nell'ordinamento italiano un modo per eseguire le decisioni della Corte di Strasburgo in materia penale⁷⁴.

La «non equità» del processo celebratosi nei confronti del Dorigo, si è fondata sull'applicazione della normativa processuale dell'epoca a seguito della sentenza della Corte costituzionale 30 giugno 1992, n. 254, la quale aveva dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 513, co. 2 c.p.p., nella parte in cui tale norma non prevedeva che il giudice, sentite le parti, disponesse la lettura dei verbali delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini o della udienza preliminare dalle persone indicate nell'art. 210, qualora queste si fossero avvalse della facoltà di non rispondere.

La Corte europea dispone che dalla sentenza di condanna discende il riconoscimento del diritto alla rinnovazione del processo e l'«obbligo positivo» per lo stato e i suoi organi (compresi quelli investiti del potere giurisdizionale) di ripristinare una procedura rispondente alla legalità sancita dalla CEDU. Gli effetti della sentenza della Corte hanno un'inciden-

⁷⁴ Cfr. la risoluzione interinale del 15 aprile 1999 [ResDH-1999-258]. In particolare, nella penultima risoluzione interinale (ResDH-2005-85) del 12 ottobre 2005, il Comitato deplore il comportamento delle autorità italiane, che dopo sei anni dalla condanna non hanno ancora provveduto a rimuovere le conseguenze della violazione del diritto nelle forme della *restituito in integrum*. Richiama fermamente l'obbligo per tutte le autorità coinvolte di assicurare l'adozione di adeguate misure in favore del ricorrente. Chiede, infine, la rapida adozione di una legislazione che autorizzi il riesame del "caso Dorigo" in sede nazionale, conformemente alla CEDU. Da ultimo, in data 19 ottobre 2006, il Comitato dei Ministri ha nuovamente esaminato il "caso Dorigo", sottolineando positivamente lo sforzo compiuto dai giudici italiani che, previa scarcerazione dello stesso Dorigo, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non permette la revisione del processo resa necessaria da una pronuncia di Strasburgo (Corte d'Appello di Bologna, ord. 22 marzo 2006, n. 337), pur ribadendo l'ulteriore necessità di una modifica ordinamentale che consenta la riapertura dei processi, in generale, e nel "caso Dorigo", in particolare (cfr. il Comunicato stampa del Comitato dei Ministri del 19 ottobre 2006, al sito <http://www.coe.int/press>).

za non limitata alla sfera sovranazionale, ma sono costitutivi di diritti e di obblighi operanti anche all'interno dell'ordinamento nazionale.

La posizione assunta dalla Corte riveste una notevole importanza storica in quando si tratta della prima risoluzione in cui si afferma che la strada più consona per risarcire il ricorrente consiste nella riapertura del processo⁷⁵. Decisione che risale a tre anni dopo la constatazione della violazione dell'art. 6 CEDU (Résolution Intérimaire ResDh(2002)30 e dopo due anni dalla famosa raccomandazione agli Stati – Rec (2000)2 – con cui questi venivano esortati a riaprire i processi al verificarsi di determinate condizioni.

Sul caso Dorigo, la Cassazione⁷⁶ è intervenuta affrontando il problema dell'indiscutibile violazione dell'obbligo per il nostro Paese di conformarsi alle sentenze di condanna emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (art. 46 § 1 CEDU).

La Cassazione era chiamata a pronunciarsi sul diniego del giudice dell'esecuzione – adito ai sensi dell'art. 670 c.p.p. – di dichiarare l'inefficacia del titolo esecutivo a carico del condannato e la conseguente illegittimità della sua detenzione. Per il giudice dell'esecuzione, infatti, mancando nell'ordinamento un apposito rimedio per la rinnovazione del processo giudicato “non equo” dalla Corte di Strasburgo, la liberazione del condannato determinerebbe il paradossale esito di una sospensione *sine die* dell'esecuzione della condanna, senza che nessuna autorità abbia il potere di deciderne la sorte. Tanto più che il rimedio della sospensione dell'esecuzione è sempre possibile da parte del giudice eventualmente investito della domanda di revisione del processo, ex art. 635 c.p.p.

La Cassazione⁷⁷ smentisce simile impostazione, affermando il principio di diritto per cui «Il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Cor-

⁷⁵ Cfr., tra i tanti, A. LOGGI, *La riapertura del processo a seguito della sentenza CEDU. Questioni interpretative sul nuovo caso di “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4106; S. LONATI, *Il “caso Dorigo”: un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1538; A. GUZZAROTTI, *Il “caso Dorigo”: una piccola rivoluzione nei rapporti tra Cedu e ordinamento interno?*, in *Quest. giust.*, 2007, n. 1, p. 149; N. PLASTINA, *Caso Dorigo. La cassazione ritorna sui rapporti tra giudicato penale interno e sentenze delle Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. uomo – Cronache e battaglie*, 2007, p. 41 ss.

⁷⁶ Cass. Sez. I Pen., 1 dicembre 2006 - 25 gennaio 2007, ric. *Dorigo*.

⁷⁷ La Cassazione, con la sentenza in commento, ha posto un rimedio non solo all'eventuale inerzia del legislatore, ma anche all'eventuale diniego della Corte costituzionale a pronunciarsi nel merito della questione di costituzionalità sollevata, sempre in riferimento al caso *Dorigo*, dalla Corte d'Appello di Bologna (ord. n. 337 del 2006, cit.).

te europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo».

In merito alla posizione della CEDU, in quanto fonte del nostro ordinamento, i giudici di legittimità menzionano innanzitutto il principio ormai acquisito dell'immediata precettività⁷⁸ delle norme della Convenzione⁷⁹, per poi riconoscere, con un percorso logico meno lineare, anche la «natura sovraordinata» delle medesime norme (rispetto alla legislazione ordinaria) e il correlativo potere del giudice «di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto»⁸⁰.

Il diritto CEDU va inteso come il "diritto vivente" di Strasburgo, senza possibilità di un'interpretazione autonoma delle norme convenzionali da parte delle autorità nazionali. Per cui, la discrezionalità che pure viene lasciata agli Stati membri nell'adempire ai vincoli derivanti da una sentenza di condanna (art. 46 § 2 CEDU), non può che mantenersi nei confini fissati nella stessa decisione di Strasburgo⁸¹.

⁷⁸ La Corte costituzionale ha riconosciuto l'efficacia diretta di disposizioni contenute in direttive comunitarie a seguito di una graduale evoluzione interpretativa, culminata nelle sentenze 2 febbraio 1990, n. 64 e 18 aprile 1991, n. 168. I giudici costituzionali, dopo aver in un primo momento affermato l'immediata applicabilità delle sole norme comunitarie contenute in atti aventi efficacia diretta, quali i regolamenti, (sent. 8 giugno 1984, n. 170), ha infine recepito l'ordinamento in materia di norme *self-executing* elaborato dalla Corte di Giustizia a partire dal noto caso *van Gend en loos* (5 febbraio 1963, C-26/62). Per una ricostruzione dei tentativi di qualificazione della CEDU elaborati dalla dottrina, A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa*, su www.forumcostituzionale.it, 2007.

⁷⁹ Cfr. Cass., sez. I, 17 dicembre 1981, *Iaglietti*; Cass., S.U., 23 novembre 1988, *Polo Castro*.

⁸⁰ Cass., S.U. civ., 23 dicembre 2005, n. 28507.

⁸¹ Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, spetta al Comitato dei Ministri (dunque, alla "politica" e non al "diritto") pronunciarsi sull'esecuzione degli obblighi statali scaturenti dalla "constatazione" di una violazione della Convenzione (cfr. A. DRZEMCZEWSKI, *Art. 46. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 685 ss.), almeno a partire dal caso *Scozzari e Giunta c. Italia* (sent. 13 luglio 2000, § 249) la Corte aggiunge il fondamentale inciso secondo il quale la libertà della scelta dei mezzi con cui "ottemperare" alla condanna deve essere «compatibile con le conclusioni contenute nella sentenza» (cfr. V. ESPOSITO, *La liberté des états dans le choix des moyens de mise en oeuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 836). Dunque, è ancora il "diritto" a fissare il quadro d'azione alla "politica". Il che, del resto, lo si ricava anche dal fatto che la "liberatoria" emessa dal Co-

In conclusione è opportuno sottolineare e rimarcare il valore strategico di simile decisione: vista da Strasburgo, infatti, ogni incertezza o ambiguità circa la portata precettiva e immediatamente vincolante (cd. *self-executive*)⁸² delle norme della Convenzione può comportare una conseguenza grave quale l'omissione del previo esaurimento dei ricorsi interni⁸³, onere cui è normalmente tenuto chi fa ricorso alla Corte europea (art. 35 CEDU).⁸⁴ Siamo di fronte ad una conseguenza grave sia per lo Stato (rischio di condanna internazionale, a volte anche pecuniariamente pesante, senza che alle autorità interne sia dato modo di rimediare alla violazione), che per la Corte europea (intasamento del ruolo). Ma grave anche per la stessa Corte di Cassazione, la quale, proprio in quanto autorità giurisdizionale di ultima istanza, finirebbe così per essere "saltata" dai ricorrenti e tagliata fuori dal proprio apporto interpretativo alla CEDU.

Una simile scelta "strategica", invece, non sembra sia stata ancora compiuta dal nostro giudice di costituzionalità; infatti, è anche (o soprattutto) l'ambiguità e la reticenza dimostrata dalla Corte costituzionale in

mitato nei confronti dello Stato condannato non impedisce alla Corte, in un caso successivo, di ritenere – in contrasto con la decisione del Comitato – non "satisfattivo" rispetto ai vincoli della CEDU il rimedio adottato dallo Stato. Questo schema ricostruttivo è stato, non senza ambiguità, recepito nel (non ancora vigente) Protocollo n. 14, che, modificando l'art. 46 CEDU, prevede la possibilità per il Comitato dei Ministri di sollecitare un'ulteriore pronuncia della Corte sull'interpretazione da dare alla sua precedente sentenza di condanna ovvero per sanzionare ulteriormente l'eventuale rifiuto dello Stato di conformarsi alla sentenza stessa.

⁸² Per un ricco excursus si rinvia a P.V. VALABREGA, *L'applicazione giurisprudenziale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in Italia*, in *Doc. giust.*, 2000, c. 67 ss.

⁸³ Il par. 1 dell'art. 35 CEDU, rubricato "condizioni di ricevibilità", sancisce che la Corte può essere adita solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne ed entro un periodo di sei mesi dalla data della decisione interna definitiva. Il periodo di sei mesi verrà ridotto a quattro con l'entrata in vigore del Protocollo n. 15 alla CEDU, che necessita della ratifica da parte di tutti gli Stati parti alla Convenzione. Il requisito del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, espressione del ruolo sussidiario del sistema di protezione dei diritti umani offerto dal Consiglio d'Europa, viene correntemente interpretato nel senso che «la Convenzione prescrive soltanto l'esaurimento dei ricorsi che siano al tempo stesso relativi alle violazioni incriminate, disponibili e adeguati. Essi devono esistere con un sufficiente grado di certezza non soltanto in teoria ma anche in pratica, senza che manchino loro l'effettività e l'accessibilità volute» (Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), 17 settembre 2009, par. 70, traduzione italiana a cura del Ministero della Giustizia). Inoltre, non vengono solitamente presi in considerazione – ai fini dell'art. 35 – i mezzi di ricorso "straordinari", come per esempio la revisione.

⁸⁴ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007; A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Cost.*, 2006.

materia che ha fatto sì che, negli ultimi anni, tutto il delicato tema dei rapporti tra la Convenzione, i suoi organi e l'ordinamento italiano sia stato gestito esclusivamente a livello di giudici comuni, nel loro limitato "dialogare" con la stessa Corte di Strasburgo.⁸⁵ L'auspicio è che le questioni attualmente pendenti dinanzi alla Corte costituzionale siano l'occasione per un intervento chiarificatore quanto mai opportuno.

4. La revisione penale "europea"

La revisione⁸⁶ è considerata un rimedio contro «il pericolo che al ri-

⁸⁵ Dialogo avvenuto, in particolare, riguardo all'applicazione della legge "Pinto" (n. 89/2001) sulla ragionevole durata dei processi (su cui, cfr., da ultimo, F. RAIA, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2006/4, 714 ss.), nel cui contesto la Cassazione ha affermato che «l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano di una norma CEDU (...) non può discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo» (Cass. civ., S.U., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340, 1341, in *Giust. civ.*, 2004, 907 ss., e in *Giur. it.*, 2004, 944 ss.).

⁸⁶ Cfr., per una rassegna delle varie posizioni sul punto, S. ASTARITA, *Revisione*, in *Dir. pen.*, III Agg., II, Torino, 2005, p. 1356; G. CANZIO, *La revisione del processo: gli effetti del sopraggiungere di nuove prove rese possibili dal progresso scientifico*, in BALSAMO-KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 479; A. CAPPA, *Profili problematici della revisione della sentenza "patteggiata"*, in DE CARO (a cura di), *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano, 2004, p. 153; G. SPANGHER, *Revisione*, in *Dir. pen.*, XII, Torino, 1997; S. ALLEGREZZA, *Violazione della C.e.d.u. e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi?*, in BIN-BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI, *All'incrocio tra Costituzione e C.e.d.u.*, op. cit., p. 21; E. APRILE, *Le impugnazioni penali*, Milano, 2004; T. BASILE, *Adeguamento dell'ordinamento giuridico nazionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. pen.*, 2002; F. CALIARI, *La relazione dialettica tra l'irrefrangibilità del giudicato penale e il giudizio di revisione*, IP 2006; CAMPANELLI, *La sentenza 128/2008 della Corte costituzionale e il valore delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, FI 2009; T. CAVALLARO, *Un nuovo caso di revisione del processo penale*, in *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforme Dalia*, (a cura di) PENNISI, Milano, 2008, p. 159; L. CORDI, *L'efficacia delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano: dalla vanificazione del giudicato alla decostruzione del principio di legalità*, RP 2008, P. 114; M. D'ORAZI, *Revisione della condanna e violazione art. 6 C.e.d.u.*, in Cass. pen. 2006, p. 2962; A. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in ID (a cura di), *Le impugnazioni penali*, I, Torino, 1998; F. GAMBINI, *Il ruolo del giudice ordinario e della Corte costituzionale nell'attuazione dell'obbligo di riapertura o revisione del processo*, in SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della C.e.d.u. sugli atti nazionali definiti*, Milano, 2009, p. 201; A. MANGIARACINA, *La revisione del giudicato penale a seguito di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. La progettualità italiana e l'esperienza del Regno Unito*, in *Riv. dir. proc. pen.* 2006, p. 982; O. MAZZA, *Sei mesi di tempo (ormai anche meno) per garantire lo stato di diritto*, in Cass. pen., 2006, p. 4311; D. TEGA, *La revisione del processo penale dopo una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo?* in *Quad. Cost.*, 2007; D. BELLANTONI, *La revisione dei giudicati penali*, Milano, 2000; G. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999; A. SCALFATI, *Liberà fondamentali e accertamento giudiziario: op. cit.*, p. 447; A.O. COZZI, *L'impatto delle sentenze*

gore delle forme siano sacrificate le esigenze della verità e della giustizia reale». ⁸⁷

L'istituto è volto a rimuovere l'errore giudiziario⁸⁸, eliminando quei provvedimenti di condanna divenuti irrevocabili – siano essi sentenze, decreti penali o pronunce ex art. 444 c.p.p. – che, alla luce di quanto emerso successivamente, risultano errati o frutto di ingiustizia.⁸⁹

L'ultimo decennio è stato oggetto di un acceso dibattito dottrinale, politico legislativo, sulla opportunità di ampliamento della relativa sfera di applicabilità, alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Strasburgo⁹⁰, ma ancor di più dalla sentenza della Corte costituzionale⁹¹

della Corte di Strasburgo sulle situazioni giuridiche interne definite da sentenze passate in giudicato: la configurabilità di un obbligo di riapertura o di revisione del processo, in AA. VV., *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, (a cura di) F. SPITALERI, Milano, 2009, p. 159 ss.; M. CASTELLANETA, *La riapertura dei processi penali a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, Napoli, 2008, p. 59 ss.; A. ORIOLO, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, (a cura di) G. CARELLA, Bari, 2007, p. 177 ss.; S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008, p. 79 ss.; L. LOUCAIDES, *Reparation for violations of human rights under the European convention and restitutio in integrum*, in *Eur. hum. rights law rev.*, 2008 p. 186 ss.; G. UBERTIS, *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale: doveroso e già possibile*, in *Corr. mer.*, 2007, p. 594 ss.; M. IALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1844; R.M. GERACI, *Sentenze della Corte E.D.U., e revisione del processo penale, I Dall'autarchia giudiziaria al rimedio straordinario*, Roma 2012, pp. 49 ss.

⁸⁷ A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, IV ed. integrata da Pisapia, Napoli, 1966, p. 328; Nello stesso senso G. GALLI, *Sentenza penale (revisione della)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 1204; G. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, p. 2.

⁸⁸ A.A. DALIA, *Riflessioni in tema di errore giudiziario*, op. cit.; F. IMPOSIMATO, *L'errore giudiziario: aspetti e casi pratici*, Milano, 2009; E. TURCO, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007; R. VANNI, *Nuovi profili della riparazione dell'errore giudiziario*, op. cit..

⁸⁹ Così GALANTI, ZAPPALÀ, *Le impugnazioni*, in SIRACUSANO, GALANTI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2004, p. 555.

⁹⁰ Il riferimento è alle sentenze della Corte europea che hanno affermato la necessità di garantire la *restitutio in integrum* della vittima dell'accertata violazione delle garanzie procedurali previste dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Corte eur. dir. uomo, 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta c. Italia; Cfr., A. SCALFATI, *Libertà fondamentali e accertamento giudiziario: la revisione del processo a seguito di pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in AA.VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, (a cura di) DI CHIARA, Torino, 2003, p. 449.

⁹¹ Corte cost., 7 aprile 2011, n.113, in G.U., 1ª serie speciale, 13 aprile 2011, n. 16, p. 9, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., per contrasto con gli art. 117 comma 1 Cost. e 46 CEDU, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna per consentire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 Cedu, per conformarsi ad una senten-

con la quale viene segnato il declino del «mito del giudicato»⁹².

Un esplicito riconoscimento della revisione deriva dalle convenzioni sui diritti umani: l'art. 4, VII Protocollo CEDU, nonché l'art. 14 § 6, Patto internazionale sui diritti civili e politici (P.I.D.C.P.) prevedono come deroga al *ne bis in idem* - espressamente richiamato⁹³ - la possibilità di una riapertura del processo "se dei fatti nuovi o elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso" (art. 4 § 2, VII Prot. CEDU)⁹⁴ e, in termini sostanzialmente analoghi, l'art. 14, § 6, P.I.D.C.P. che si riferisce ad un fatto nuovo o scoperto dopo la condanna che dimostra che era stato commesso un errore giudiziario.

La necessità di mantenere il delicato equilibrio tra stabilità dell'accertamento giudiziale e giustizia sostanziale sta alla base delle difficoltà incontrate dai giuristi nel riformare l'istituto alla luce dell'obiettivo di tutela dell'interesse, non solo del singolo ma di tutta la collettività «alla sentenza non solo formalmente, ma anche sostanzialmente giusta»⁹⁵. Dunque, è l'esigenza di rimediare all'errore giudiziario che costituisce la ra-

za definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Cfr. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995; M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308; G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *AIC*, 2011, 2.

⁹² G. UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, su www.penalecontemporaneo.it. Peraltro, una simile espressione era stata utilizzata più di un cinquantennio fa da Giovanni Leone nella sua prolusione al corso di Procedura penale nell'Università di Roma dell'aprile 1956, tra le cui righe si scorge già un'embrionale apertura a favore della recessività del giudicato a fronte delle esigenze di tutela dei diritti dell'uomo: «se democrazia è il regime della più ampia tutela della personalità umana, è evidente che non può tollerare che in situazioni strettamente inerenti alla personalità possa un'esigenza politica, una esigenza cioè afferente all'organizzazione della società, schiacciare una esigenza di giustizia che tocca interessi fondamentali della persona e per ciò stesso un interesse generale della società» (citazione ripresa da V. SCARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova 2012, p. XIII). Lo stesso Leone, assieme a Calamandrei, in sede di Assemblea Costituente era stato uno dei più appassionati patrocinatori dell'inserimento di una norma *ad hoc* - nel testo costituzionale - relativa all'intangibilità del giudicato; G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 197.

⁹³ Le carte sui diritti umani, a differenza della nostra Costituzione, prevedono e disciplinano, l'istituto del *ne bis in idem*: art. 4, § 1. VII Prot. CEDU e art. 14, § 7, P.I.D.C.P.

⁹⁴ V. MARCHETTI, *Art. 4 Procolo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Legislazione pen.*, 1991, 250 ss.; G. SPANGHER, *Art. 4 Procolo n. 7*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 959.

⁹⁵ R. NORMANDO, *Limiti alla revisione e intangibilità del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 839.

tio ispiratrice della revisione⁹⁶ che, in quanto proponibile avverso un provvedimento di condanna divenuto irrevocabile, è stata qualificata mezzo di impugnazione straordinario ed eccezionale, estensivo ma non sospensivo e non devolutivo, esperibile anche quando la pena sia stata già eseguita o estinta.

Con la sentenza del 7 aprile 2011, n. 113⁹⁷, la Corte costituzionale ha condiviso la scelta del giudice *a quo* di individuare la sede dell'intervento additivo nell'art. 630 c.p.p. e ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, introducendo nel nostro ordinamento processuale, come statuisce il dispositivo di tale pronuncia, «un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo», che abbia accertato l'avvenuta violazione delle garanzie fondamentali riconosciute dalla Convenzione in tema di equo processo⁹⁸,

⁹⁶ Sul punto, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri d'Europa n. R. (2000)2, cit. pag. 11, ha invitato gli Stati contraenti ad adottare una qualche forma di riapertura del procedimento, nelle ipotesi in cui la Corte EDU abbia accertato una violazione della CEDU. Per la riapertura del processo occorrerebbe che: *a*) la vittima continui a soffrire conseguenze negative molto gravi a seguito della decisione nazionale, le quali non possano essere compensate dall'equa soddisfazione e non possano essere rimosse se non attraverso il riesame o la riapertura del processo; *b*) che la decisione nazionale sia nel merito contraria alla Convenzione, cioè si ponga in conflitto con uno dei diritti materiali che vi sono sanciti (si allude a violazioni di diritto penale sostanziale, che, però, in certi casi possono anche dar luogo al contempo a violazioni dell'equità processuale, come è recentemente avvenuto nel cd. "caso Scoppola"), oppure che la violazione sia dovuta a vizi processuali, purché di tale gravità da generare seri dubbi sul risultato del procedimento.

⁹⁷ Cfr. G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte Costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 28 giugno 2011, p. 4 ss.; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 maggio 2011, p. 1; M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308; G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542; R. GRECO, *Dialogo tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, in www.giustcostorg.it, 2011; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2010.

⁹⁸ Cfr. A. SACCUCCI, *L'art. 6 della convenzione di Roma e l'applicazione delle garanzie del giusto processo ai giudici di impugnazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 587 ss.; A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, ESI, 2000, p. 217 ss.; V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 423 ss. e in *Id.*, *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, p. 311 ss.; G. SPANGHER, *"Il giusto processo"*, in *Studium Juris*, 2000, p. 255; F. CAPRIOLI, *"Giusto processo e rito degli irreperibili"*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 589 ss.; S. BUZ-

prospettando l'esigenza della *restitutio in integrum* in favore dell'interessato mediante la rinnovazione del giudizio.

La Corte costituzionale ha, così, evidenziato l'inesistenza nel nostro sistema processuale penale di uno strumento che permetta di garantire la *restitutio in integrum* in favore del soggetto il cui diritto sia stato violato nel corso di un processo penale definito con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili. La cd. "revisione europea"⁹⁹, così come delineata dalla giurisprudenza costituzionale, ha come obiettivo la riapertura di un processo al fine di recuperare le garanzie fornite all'imputato dalla stessa CEDU e non compiutamente assicurate dallo svolgimento del processo ordinario. Lo strumento della revisione europea permetterebbe, se attuato, di celebrare un successivo grado di giudizio dinanzi alla Corte EDU. In quest'ottica la riapertura di un nuovo procedimento avrebbe ad oggetto la legittimità ed equità del processo già concluso e la valutazione circa l'equità della decisione adottata. Laddove la Corte EDU, investita di tale successivo grado di giudizio, rilevi una causa di iniquità del processo o della decisione adottata, procederà alla declaratoria di annullamento, la quale, successivamente, verrà ratificata attraverso il nuovo strumento della "revisione europea" così come delineato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 113 del 2011¹⁰⁰. E' eviden-

ZELLI, voce Giusto processo, in Dig. disc. pen., Il agg., Milano, 2004, p. 342 ss.; P. FERRUA, "Il giusto processo", Torino, 2007; D. LIKOPOULOS, Equo processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario, Milano, 2007; A. GAITO, La prova penale, Milano, 2008, p. 81 ss.; V. PETRALIA, Equo processo, giudicato nazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Torino, 2012; A. DI STASI, Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale, Torino, 2012.

⁹⁹ Cfr. A. LOGLI, *La riapertura del processo a seguito della sentenza Cedu. Questioni interpretative sul nuovo caso di "revisione europea"*, in Cass. pen., 2012, p. 933; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, in Giust. cost., 2011, p. 1557; E. APRILE, *I "meccanismi" di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, in Cass. pen., 2011, p. 3216; G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in Giur. cost., 2011, p. 1523; M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in Cass. pen. 2011, fasc. 10.; O. MAZZA, *Sei mesi di tempo (ormai anche meno) per garantire lo Stato di diritto*, in Cass. pen., 2006, p. 4314.

¹⁰⁰ La pronuncia della Corte costituzionale permette di affrontare alcuni casi giudiziari che precedentemente non avevano trovato adeguata soluzione. Si pensi, ad esempio, al caso Dorigo (Cass. Sez. I, 1 dicembre 2006, n. 2800, Dorigo, cit.) il quale deve essere riletto a seguito della pronuncia della Corte costituzionale e quindi nel senso di garantire la *restitutio in integrum* nel caso di violazioni verificatesi durante un processo penale con l'apertura di un nuovo processo.

te, quindi, che tale strumento oltre a sopperire ad una pronuncia che si manifesti come violazione dei principi europei, costituisca, un'ulteriore ipotesi di revisione che si aggiunge ai casi disciplinati dall'art. 629 c.p.p., quindi da intendersi, quale rimedio straordinario, come un vero e proprio strumento processuale per attuare un giudizio di rinvio.

La Corte EDU per effetto della revisione viene ad essere una sorta di giurisdizione di quarto grado¹⁰¹, integrata nell'ordinamento giurisdizionale interno; la possibilità di riesame può esercitare un'influenza virtuosa sui giudici interni, motivati a un più attento rispetto dei principi sanciti dalla CEDU e dai suoi Protocolli e dalla giurisprudenza della Corte che ritiene la CEDU «uno strumento vivente da interpretare alla luce delle condizioni della vita attuale».

Quasi la metà degli Stati del Consiglio d'Europa riconosce la revisione della *res iudicata* in seguito ad una sentenza di condanna della Corte EDU. Almeno sette di questi prevedono tale motivo *ad hoc* su base giurisprudenziale: Belgio, Danimarca, Finlandia, Spagna, Slovacchia, Svezia, Russia. Gli ordinamenti invece che si sono dotati di una specifica base legislativa sono almeno quattordici: Germania, Austria, Bulgaria, Croazia, Francia, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Regno Unito, Repubblica di San Marino, Slovenia e Svizzera. In particolare Bulgaria, Lituania, Norvegia e Svizzera prevedono tale possibilità anche per il processo civile e amministrativo.

Il nostro ordinamento non prevede questo motivo di revisione, benché siano stati presentati più disegni di legge¹⁰², miranti a introdurre la

¹⁰¹ O. MAZZA, *Il ricorso straordinario per errore di fatto: un quarto grado di giudizio occasionale?*, in *Cass. pen.* 2003, p. 3213; A. PRESUTTI, *La revisione del giudicato penale tra impugnazione straordinaria e quarto grado di giudizio*, in *Studium Iuris*, 2009, p. 245; F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea e i diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 794.; F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?* in *Archivio Penale*, gennaio-aprile, 2013, fascicolo 1 anno LXV, pag. 3-29; M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, f. 10.

¹⁰² Sul punto, le proposte S-3168, del 24 marzo 1998, C-1447, del 31 luglio 2001, C-1992, del 20 novembre 2001, S-3354, del 22 marzo 2005, C-323, del 2 maggio 2006, C-917, del 26 maggio 2006, C-1538, del 24 luglio 2008, e, infine, il disegno di legge governativo S-1440, del 10 marzo 2009, mirano ad aggiungere un caso di revisione, per consentire di applicare il rimedio straordinario tradizionale al caso di condanna della Corte di Strasburgo. Inoltre il disegno di legge governativo S-1797, del 18 settembre 2007, nonché i successivi progetti S-839, del 26 giugno 2008, C-1780, del 13 ottobre 2008, C-2163, del 5 febbraio 2009, contemplano, sul modello francese e belga, una disciplina organica di una forma di revisione, denominata "Revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo". Si ricordi anche le due commissioni nominate per studiare le linee di riforma del processo penale: da un lato la "commissione Dalia", d.m. 29 luglio 2004, aveva previsto nel-

revisione di una sentenza di condanna, sia penale che civile, nei casi in cui la Corte EDU abbia accertato che non si sia stati in condizione di esercitare il proprio diritto ad una effettiva difesa (*ex art. 6, comma 3, lett. c) e d) CEDU*) e, più in generale, quando sia stata acclarata la violazione della CEDU o dei suoi protocolli addizionali, purché la Corte si sia pronunciata con sentenza definitiva e le conseguenze prodottesi siano di natura e gravità tali da non poter essere interamente sanate dal riconoscimento dell'equa riparazione.

5. Conclusioni

Nel corso degli ultimi anni l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità ha registrato numerose ed interessanti aperture all'attività interpretativa svolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

L'incidenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul processo penale interno ha ormai raggiunto effetti strutturali, rendendo ineludibile per ciascun giudice conoscere tale giurisprudenza e approfondire i delicati temi dei rapporti interordinamentali e interistituzionali sot-

l'art. 688 del testo del progetto, un'ipotesi di revisione "se il processo, definito con sentenza di condanna, con sentenza di applicazione di pena concordata tra le parti o decreto penale di condanna, è stato ritenuto ingiusto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, perché lesivo dei diritti minimi dell'individuo, come specificato dall'art. 6 CEDU. Dall'altro, la "commissione Riccio", d.m. 27 luglio 2006, aveva proposto diverse soluzioni, tra le quali, in primo luogo, quella di "prevedere un apposito rimedio, diverso dalla revisione, quando sia stato accertato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che la condanna è stata pronunciata in violazione di diritti riconosciuti all'imputato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo"; in secondo luogo "l'individuazione secondo criteri predeterminati del giudice competente a decidere; in terzo luogo, stabilire il "potere del giudice di valutare la congruità della violazione rispetto all'effettiva incidenza della stessa sull'esito del giudizio e di sospendere il titolo esecutivo.

Il 2 aprile 2015 è stata presentata una proposta di legge (C-3009) d'iniziativa del deputato Ottobre; Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *che prevede un'espressa ipotesi di revisione*: TITOLO IV-bis. REVISIONE A SEGUITO DI SENTENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

ART. 647-bis. – (*Revisione a seguito delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*). – 1. È ammessa la revisione delle sentenze di condanna quando la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato con sentenza definitiva la violazione di taluna delle disposizioni dell'articolo 6, paragrafo 3, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848.

tesi per poter adeguatamente svolgere la propria funzione nella quotidiana prassi giurisdizionale.

È opportuno sottolineare come le decisioni della Corte europea, possano e debbano evidenziare l'illegittimità convenzionale di atti interni agli ordinamenti, ed in essi perfettamente legittimi, che si pongano in contrasto con essa.

Tale accertamento di illegittimità dell'atto interno nei confronti della Convenzione avviene solo di riflesso, perché mancano nel sistema italiano strumenti formali idonei a rimuovere l'atto così dichiarato illegittimo; ma tale anomalia potrebbe essere rimossa con l'introduzione nella disciplina nazionale di un meccanismo che consentisse di eliminare la contraddizione così creata.

Di conseguenza, in mancanza di un rimedio legislativo ad hoc, le pronunce interne dichiarate dalla CEDU non conformi alla Convenzione, sarebbero da considerare inattuabili nell'ordinamento nazionale, riconducendole alla categoria degli atti giuridicamente inesistenti.

Così ritenendo, invero, si può comprendere come l'efficacia sanante del giudicato non possa coprire le violazioni rilevate dalla Corte di Strasburgo, la quale con la sua decisione ha posto la sentenza nazionale di condanna alla pari di un atto che non è giuridicamente venuto alla luce e, perciò, inidoneo a produrre effetti giuridici. In altre parole, poiché il principio del giusto processo è riconosciuto sia in ambito convenzionale che costituzionale, e poiché esso è elemento essenziale della giurisdizione, di conseguenza l'ingiustizia convenzionale di un processo nazionale rilevata dalla CEDU determina l'inesistenza giuridica del processo convenzionalmente ingiusto e come tale dichiarato.

In sostanza, non tutto ciò che è formalmente "corretto" perché rispettoso della disciplina procedurale-processuale interna sia anche, e per ciò solo, "giusto" nella sostanza se rapportato ai principi ed alle regole sovranazionali; essendo possibile, infatti, un vaglio della CEDU a valle del giudicato interno che faccia rilevare delle iniquità sostanziali alle quali l'ordinamento italiano è tenuto a rimediare.

In definitiva, la necessaria interpretazione dei fenomeni giuridici e la successiva opera di rimedio apportata dalla giurisprudenza nei casi di "carenza di legge" è un'attività doverosa da parte del giudice italiano che si trovi a dover sopperire alle carenze normative interne, al fine di salvaguardare beni giuridici costituzionalmente tutelati, non determinando, in questi modi, una rinnequazione del diritto scritto sostituendolo col diritto vivente.

La dimensione europea è, infatti, entrata definitivamente nell'orizzonte di azione e cognizione dei custodi delle costituzionali nazio-

nali, per essere protagonisti attivi di una costruzione comune.

Ci troviamo di fronte ad un giudicato penale quale fattispecie a formazione complessa sottoposta ad una condizione possibile, in quanto il giudicato resta esposto, oltre che ai rimedi di rimozione straordinari codicistici, anche alla possibile proposizione di un ricorso alla CEDU, la cui sola proposizione non ha efficacia sospensiva dell'esecuzione della sentenza di condanna interna ma che se accolto determinerebbe un regresso processuale nei termini chiariti dalla medesima pronuncia della Corte europea.

In conclusione, sarebbe una buona idea la creazione di una revisionabilità *ad hoc* delle decisioni definitive del giudice penale italiano quando esse siano state colpite da una decisione della Corte europea che individua nella riapertura del processo la soluzione in grado di ripristinare la lesione subita.

Il rimedio dovrebbe considerarsi esperibile per ogni violazione rilevata dalla Corte europea che a seguito di analisi nel merito (condotta dalla CEDU, prima, e dal giudice italiano, poi) implichi una necessaria rinnovazione dovuta all'ingiustizia del percorso processuale che ha portato alla condanna.

La gamma delle possibili violazioni dell'art. 6 CEDU appare talmente variegata e multiforme da sconsigliare in partenza soluzioni rigide, suggerendo invece il ricorso ad uno strumento riparatorio flessibile e duttile per tenere conto delle particolari esigenze del caso.

Il nuovo giudizio dovrebbe assicurare il rispetto delle garanzie convenzionali, in ragione del tipo di vizio denunciato e dei termini e della sede della rinnovazione, restando infine impregiudicato l'esito del nuovo processo.

Restiamo, perciò, in attesa di una parola definitiva sul punto da parte del legislatore che, nonostante i vari tentativi, non ha ancora avvertito l'esigenza irrinunciabile di creare uno strumento normativo che consenta la rimozione del giudicato penale nei casi in cui la *res iudicata* interna sia dichiarata "convenzionalmente illegittima".

**L'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento
e la sua modulazione ad opera della Corte Costituzionale.
Riflessioni a margine della sentenza n. 10 del 2015**

SOMMARIO: 1. Il differimento degli effetti caducatori nella sentenza n. 10 del 2015. - 2. Il problema della legittimazione della Corte di adottare sentenze temporalmente manipolative. - 2.1. La modulazione degli effetti temporali della sentenza di accoglimento e le soluzioni prospettate per giustificare tale strumento decisorio. - 3. La tipologia delle decisioni di modulazione degli effetti caducatori. - 4. Le sentenze di differimento temporale degli effetti caducatori e la loro incidenza sul requisito della "rilevanza". - 5. La prevalenza dell'art. 81 Cost. nell'operazione di bilanciamento tra interessi costituzionali. - 6. La conciliabilità delle decisioni di modulazione degli effetti caducatori con il ruolo istituzionale della Corte.

1. Il differimento degli effetti caducatori nella sentenza n. 10 del 2015

Con la sentenza n. 10 del 2015 la Corte Costituzionale torna ad utilizzare lo strumento del differimento degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento, tecnica decisoria che aveva impiegato frequentemente negli anni ottanta ed agli inizi degli anni novanta¹. La Consulta, adottando una sentenza di incostituzionalità *ex nunc*, ha fatto coincidere il momento di produzione degli effetti della pronuncia con la data di pubblicazione della decisione nella Gazzetta ufficiale². Al fine di giustificare tale

¹ Cfr. Corte cost. 266/1988; Corte cost. 501/1988; Corte cost. 124/1991 e 416/1992; S. Bartole, *Elaborazioni dottrinali e interventi normativi per delimitare l'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, pp. 117 e ss.; S. Panunzio, *Incostituzionalità sopravvenuta ed incostituzionalità progressiva ed effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, ivi, pp. 275 e ss.; G. Parodi, art. 136, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco- A. Celotto- M. Olivetti, vol. III, Torino, 2008, pp. 2665 e ss.; R. Pinardi, *la Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, pp. 53 e ss.

² Peraltro, secondo A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2012, p. 245, l'art. 30 della legge 87 del 1953 ha tradotto la cessazione di efficacia prevista dall'art. 136 Cost. in inapplicabilità (art. 30 comma 3 "le norme dichiarate incostituzionali non possono più avere applicazione") "così da riferire detta efficacia a tutte le fattispecie anche già venute in essere cui le norme dichiarate incostituzionali avrebbero dovuto essere applicate". Sul

differimento degli effetti *pro futuro*, il giudice costituzionale è ricorso al principio di stretta proporzionalità, che ha ispirato il giudizio di bilanciamento tra i principi sanciti dagli art. 3, 53 e 81 Cost., violati dall'art. 81 commi 16, 17 e 18 del decreto legge n. 112 del 2008, convertito nella legge n. 133 del 2008. All'esito del bilanciamento tra tali principi la Consulta ha stabilito che una decisione di accoglimento secco non potesse essere emessa perché quest'ultima avrebbe fatto applicazione del principio di uguaglianza, ma allo stesso tempo avrebbe violato il principio dell'equilibrio di bilancio, causando così un grave pregiudizio economico all'erario statale. Per tale ragione, la Consulta ha disposto che era necessario far prevalere il principio dell'equilibrio di bilancio, al fine di evitare che lo Stato dovesse intervenire con una manovra di bilancio aggiuntiva per far quadrare i conti pubblici. Cosicché, per far prevalere il principio contenuto nell'art. 81 della Costituzione, la Consulta ha derogato alla regola della retroattività delle proprie pronunce di accoglimento, emettendo una "doppia pronuncia"³: una sentenza di rigetto per i rapporti pendenti e per quelli oggetto dei giudizi *a quibus* e una pronuncia di accoglimento per i rapporti futuri. Pertanto, la sentenza in oggetto offre lo spunto per l'esame di alcuni profili problematici relativi alla questione dell'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, sui quali la dottrina ha espresso diverse ricostruzioni, di cui si darà conto nel prosieguo della trattazione.

2. Il problema della legittimazione della Corte di adottare sentenze temporalmente manipolative

La sentenza n. 10 del 2015 della Corte costituzionale non poteva non suscitare perplessità sotto vari punti di vista, il primo dei quali riguarda proprio la legittimazione del giudice costituzionale ad esercitare un potere di tal genere. Infatti non è riscontrabile l'esistenza di alcuna fonte normativa che autorizzi la Corte a far ricorso ad una tecnica decisoria così peculiare, dato che *prima facie* né l'art. 136 Cost. né tanto meno

significato dell'art. 136 Cost., oltre agli autori citati nella nota precedente si veda anche A. Celotto, *Art. 136 della Costituzione*, in *Costituzione ragionata*, Roma, 2015, pp. 292 e ss.; G. Zagrebelsky- V. Macenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p.401.

³A. Ruggeri, *Sliding doors per l'incidentalità nel processo costituzionale*. (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015), in www.forumcostituzionale.it, 9 aprile 2015, pp. 5 e ss.; A. Ruggeri, *Vacatio sententiae, retroattività parziale e nuovi tipi di pronunzie della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 65 e ss.; L. Paladin, *Considerazioni preliminari*, *ivi*, pp.7 e ss.

l'art. 30 della legge n. 87 del 1953 disciplinano un potere di differimento degli effetti temporali delle sentenze. Invero l'art. 136 Cost. e l'art. 30 della legge n. 87 del 1953 costituiscono le fonti normative che disciplinano gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Consulta; in particolare la retroattività di tali pronunce è regolata all'art. 30 legge n. 87 del 1953 che sancisce l'inapplicabilità della norma dichiarata incostituzionale, specificando quanto previsto dall'art. 136 Cost., in cui si dispone la cessazione di efficacia della norma illegittima dal giorno successivo alla sua pubblicazione⁴.

D'altra parte, con l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 1948 e con la scelta della via incidentale come modalità di accesso alla Corte, era poco coerente circoscrivere gli effetti della pronuncia di incostituzionalità della Consulta solo al giudizio principale poiché, in tal caso, le stesse parti del giudizio *a quo*, che si erano attivate per ottenere una pronuncia della Corte, non avrebbero potuto beneficiare degli effetti della pronuncia stessa, con evidente violazione del principio di eguaglianza e del diritto di stare in giudizio⁵. Tale dubbio interpretativo, che aveva suscitato reazioni in dottrina circa l'esatta portata dell'art. 136 Cost.⁶, era sorto anche in ragione del fatto che, in particolare, l'art. 136 Cost. "non statuisce circa l'efficacia della sentenza ma si occupa direttamente ed esclusivamente della sorte della norma dichiarata costituzionalmente illegit-

⁴ G. Parodi, *art.136, in Commentario alla Costituzione, a cura di R.Bifulco- A. Celotto- M. Olivetti, cit.*, pp.2665 e ss.

⁵ A. Pace, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere, cit.*, pp. 53 e ss.; G. Parodi, *art.136, in Commentario alla Costituzione, a cura di R.Bifulco- A. Celotto- M. Olivetti, cit.*, pp. 2665 e ss.; R. Romboli, *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in www.forum-costituzionale.it, 6 aprile 2015, pp. 4 e ss.

⁶ In tema la letteratura è ampia: G. Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano*, Napoli, 1957, vol. I, pp. 272 e ss.; P. Calamandrei, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, pp.75 e ss. ; F. Carnelutti, *Una pezza all'art. 136 Cost?*, in Riv. Dir. e Proc. Civ. , 1958, pp. 239 e ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale, cit.*, pp. 250 e ss.; C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale di legittimità delle leggi in Italia*, in *La costituzione italiana*, Saggi, Padova, 1954, pp. 263 e ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, Volume 2*, Padova, 1984, pp. 384 e ss. ; E. Garbagnati, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. V, Padova, 1950, pp. 191 e ss.; C. Mortati, *Istituzione di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1952, pp. 557 e ss. ; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale (Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge)*, Padova, 1997, pp. 40 e ss.; T. Martines, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere, cit.*, pp. 235 e ss.

tima"⁷. Inoltre, l'art. 136 Cost. era stato elaborato dai Costituenti prima che fosse scelta la via incidentale di accesso alla Corte Costituzionale in ordine al giudizio di costituzionalità delle leggi, considerato che nell'art. 137 Cost. era stato previsto di riservare ad una legge costituzionale le condizioni, le forme e i termini di proponibilità dei giudizi costituzionali. Peraltro, il dibattito circa la retroattività delle sentenze di accoglimento non si limitava ai soli effetti delle sentenze suddette ma, come è stato messo in evidenza⁸, andava ad intaccare imprescindibilmente il ruolo della Costituzione nel sistema delle fonti⁹ in quanto "limitare al futuro le capacità qualificatorie delle sentenze della Corte era quasi uno smentire il fondamento storico della Costituzione italiana, nata per soddisfare aspettative di soggetti divisi da forti contrasti ideologici che avevano trovato nella negazione del passato il principale fattore di unificazione politica"¹⁰.

L'entrata in vigore dell'art. 30 legge n. 87 del 1953 contribuì a risolvere i dubbi circa l'interpretazione dell'art. 136 Cost., in quanto il terzo comma stabilisce che: "le norme dichiarate incostituzionali non possono più avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione"; in tal modo, disponendo la disapplicazione della norma illegittima, è sancita la sua eliminazione retroattiva. L'art. 30, pertanto, stabilendo l'inapplicabilità della norma incostituzionale, estende "l'efficacia" di cui all'art. 136 Cost. a tutte le fattispecie già venute in essere, alle quali la norma dichiarata incostituzionale avrebbe dovuto essere ancora applicata. La richiamata disposizione, poi, consente di desumere che l'irretroattività delle sentenze di accoglimento colpirà quei rapporti ancora pendenti e non ancora esauriti, sorti in precedenza alla pubblicazione della sentenza, laddove, come è noto, per rapporti "esauriti" ci si deve riferire a quei rapporti definiti da una sentenza passata in giudicato o prescritti o colpiti dalla decadenza¹¹. È

⁷ A. Ruggeri, *Vacatio sententiae, retroattività parziale e nuovi tipi di pronunzie della Corte Costituzionale*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 65 e ss.

⁸ C. Mezzanotte, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., p. 41.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. C. Mezzanotte, *op. cit.*, pp. 39 e 40., nel quale l'Autore si riferisce alla scelta relativa alla possibilità di considerare le norme incostituzionali nulle o annullabili.

¹¹ A. Lanzafame, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n.10/2015*, in Rivista AIC, n.2/ 2015, pp. 5 e ss.; G. Parodi, *art.136, in Commentario alla Costituzione*, a cura di R.Bifulco- A. Celotto- M. Olivetti, cit., pp. 2665 e ss.; S. F. Regasto, *Considerazioni sui profili problematici della decisione della Corte Cost. n. 1/2014*, in www.forumcostituzionale.it, n. 12/ 2014, pp. 1 e ss.

opportuno evidenziare, ancora, che l'esclusione dell'applicazione della sentenza¹² ai rapporti esauriti è fondata su una ragione ben precisa, coincidente con la volontà di far prevalere, in tali ipotesi, il principio di certezza dei rapporti giuridici, che, altrimenti, sarebbe messo a dura prova ove gli effetti dell'accoglimento travolgersero tutti quei rapporti e rimettersero in gioco alcune situazioni già definite giuridicamente, provocando così un "disordine normativo" non più gestibile dal legislatore. Tale preclusione, del resto, è stata prevista in ragione del fatto che l'irretroattività delle sentenze di accoglimento provoca un effetto a dir poco dirompente sul sistema ordinamentale, in quanto, se da un lato elimina la norma invalida ripristinando la situazione di legalità costituzionale, dall'altro crea inevitabilmente un vuoto nel sistema normativo che il legislatore è chiamato a colmare tempestivamente¹³. Tuttavia, considerato che di fronte ad una pronuncia di illegittimità costituzionale il legislatore è rimasto spesso inerte¹⁴ non colmando le lacune che conseguono all'accoglimento, la Corte ha deciso di intervenire in modo singolare, adottando le sentenze di modulazione degli effetti temporali, sul presupposto dell'inesistenza non solo di un giudizio di ottemperanza relativo alle sentenze della Corte analogo a quello previsto per i giudizi ordinari¹⁵ ma an-

¹² G. Silvestri, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., p. 47, dove l'Autore distingue tra "applicazione della norma e applicazione della sentenza".

¹³ M. Belloccio- P.Passaglia, *L'omissione come inattività e i moniti al legislatore*, in *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, in Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius 2-7 Giugno, 2008, in www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni, pp. 2 e ss.; S. Fois, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 27 e ss.; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore.*, cit., pp. 171 e ss.; R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, pp. 131 e ss.; A. Ruggeri, *Vacatio sententiae, retroattività parziale e nuovi tipi di pronunzie della Corte Costituzionale*, cit., pp. 65 e ss.; L. Ventura, *Frammenti costituzionali e disordine politico*, Torino, 2015, pp. 171 e ss.; G. Zagrebelsky, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 195 e ss.

¹⁴ M. Belloccio- P.Passaglia, *L'omissione come inattività e i moniti al legislatore*, in *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 3 e ss.; L. Ventura, *Frammenti costituzionali e disordine politico*, cit., pp. 171 e ss.

¹⁵ V. Onida, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 186 e ss.; G. Zagrebelsky, *Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, *ivi*, pp. 195 e ss.

che della possibilità di adottare delle pronunce di “transizione”¹⁶. La Consulta, inoltre, ha pronunciato sentenze di modulazione degli effetti temporali tenendo presente l’“impatto ambientale”¹⁷ delle proprie sentenze di accoglimento e siffatta tecnica decisoria si è consolidata soprattutto nel corso degli anni ottanta¹⁸, quando la Corte ha iniziato a sperimentarla attraverso una serie di pronunce, diversificandola secondo i casi sottoposti alla sua attenzione.

Tale diversificazione è ravvisabile sia quando la Corte opera una modulazione *pro futuro* - facendo decorrere gli effetti della decisione a partire da un certo momento per il futuro- sia *pro praeterito*, limitando la portata degli effetti dell’accoglimento al passato, rispettando, fin dove lo ritenga opportuno¹⁹, il limite dei rapporti esauriti.

2.1. La modulazione degli effetti temporali della sentenza di accoglimento e le soluzioni prospettate per giustificare tale strumento decisorio

L’esercizio del potere di modulazione degli effetti temporali delle sentenze ha suscitato molti dubbi in dottrina in quanto non disciplinato in forma alcuna né a livello costituzionale né a livello legislativo: gli articoli 136 Cost. e 30 della legge n. 87 del 1953 non ne fanno menzione; viceversa in alcuni Paesi come l’Austria, il Portogallo e la Germania tale facoltà è espressamente riconosciuta alle Corti costituzionali²⁰. Peraltro,

¹⁶ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 309 e ss.

¹⁷ G. Bogneri, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1991, pp. 221 e ss.

¹⁸ Ad esempio si vedano le sent. 266/1988, sent. 501/1988, sent. 50/1989 e sent. 1/1991.

¹⁹ Sul punto si veda sentenza n. 1 del 2014 punto 7 considerato in diritto e poi F. Ghera, *La sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: profili processuali e sostanziali*, in www.diritifondamentali.it, 28 maggio 2014, pp. 9 e ss.; I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10/2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2015, pp. 7 e ss.; S. F. Regasto, *Considerazioni sui profili problematici della decisione della Corte costituzionale n. 1/2014*, cit., pp. 3 e ss.

²⁰ In Austria l’art. 140, 5 comma, della Costituzione sin dalla sua originaria versione del 1920 dispone che gli effetti caducatori ricollegabili alla dichiarazione di incostituzionalità entrino in vigore nel giorno della pubblicazione della sentenza di annullamento se la Corte non stabilisce un termine. Questo termine non può essere superiore ad un anno. Lo stesso Kelsen metteva in relazione l’istituto della *Fristsetzung* con la necessità di evitare discontinuità nell’ordinamento normativo (H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, (la giustizia costituzionale), Milano, 1981, p. 198.). In Germania il Tribunale costituzionale federale adotta delle sentenze di “mera incompatibilità”, tenendo distinto il momento dell’accertamento dell’incostituzionalità dal momento della dichiarazione della sua nullità, dando così il tempo al legislatore ordinario di intervenire per poter compiere le scel-

è stato messo in luce²¹ come, in Italia, l'esercizio di tale potere andrebbe addirittura a derogare al dettato dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, considerato che, con tali decisioni, la Corte andrebbe a modificare palesemente la regola dell'irretroattività, sancita dalla norma richiamata.

Alla luce di tali considerazioni, si era prospettata²² l'eventualità di dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 30 in modo da rimuovere l'ostacolo di ordine legislativo, che si frappone all'esercizio del potere decisorio da parte della Corte. Tuttavia, questa soluzione è stata criticata, in quanto sarebbe inutile dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 30, atteso che la Corte, nell'ambito della sua attività, potrebbe emettere decisioni temporalmente modulate attraverso un'operazione interpretativa. Infatti, la Consulta, nel dichiarare incostituzionali le norme che a partire da un certo momento sono ricavabili da una disposizione o da un contesto di enunciati normativi distingue diacronicamente le "norme" dalle "disposizioni", andando a colpire, con la pronuncia d'incostituzionalità, solo le prime, che, quindi, sono giudicate illegittime a partire da un determinato

te legislative necessarie. In Portogallo l'art. 282, 1 comma, della Costituzione stabilisce che le decisioni adottate dal tribunale costituzionale operino retroattivamente a partire dal momento dell'entrata in vigore della norma illegittima. L'art. 282 quarto e ultimo comma prescrivono che gli effetti caducatori delle decisioni possono essere limitati con riferimento al passato ma non anche differiti al futuro e che la reviviscenza di norme conseguente alle dette pronunce è limitata al futuro; in proposito si veda anche A. Cervati, *Incossituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 287 e ss.; B. Caravita, *La modifica dell'efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti teorici e pratici*, ivi, pp. 243 e ss.; G. Fontana, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, in *La giustizia costituzionale in Europa*, a cura di M.Olivetti - T. Groppi, Milano, 2003, pp. 179 e ss.; M.R.Morelli, *Incossituzionalità sopravvenuta e declaratorie di illegittimità dal momento in cui*. Alla ricerca di nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della retroattività dell'effetto, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 171 e ss.; M. Olivetti, *La giustizia costituzionale in Austria e in Cecoslovacchia*, in *La giustizia costituzionale in Europa*, a cura di M.Olivetti - T. Groppi, Milano, 2003, pp. 25 e ss.; F. Rescigno, *La giustizia costituzionale in Germania*, ivi, pp. 93 e ss.

²¹ Sul punto si veda L. Iannuccilli, *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte costituzionale giudici comuni. Brevi note sul tema*, in *Giudici comuni e interpretazioni adeguate*, in www.cortecostituzionale.it/studiericerche, pp.1 e ss.; M. Luciani, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, cit., pp. 109 e ss.; in tema di interpretazione della Costituzione si veda anche R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 298 e ss.

²² A. Ruggeri, *Vacatio sententiae, retroattività parziale e nuovi tipi di pronunzie della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 65 e ss.;

momento storico in poi²³. Tale operazione - che non differisce da quella posta in essere per giustificare l'adozione di sentenze manipolative, aggiuntive o sostitutive²⁴ - si traduce in una scissione tra "norma" e "disposizione", in un'ottica diacronica invece che sincronica²⁵. In questi termini, il problema riguardante il differimento degli effetti temporali si risolverebbe in un'operazione interpretativa che tiene inevitabilmente in considerazione il contesto storico e legislativo dal quale la norma è estrapolata nonché della disposizione di legge dalla quale la norma promana e del parametro costituzionale indicato. In tal modo il vizio di incostituzionalità verrebbe ad essere relativizzato, nel senso che una norma non può essere considerata incostituzionale in senso assoluto ed incondizionato, ma, ad esempio, lo potrebbe diventare successivamente alla sua entrata in vigore, ossia dopo un certo periodo nel quale si è verificato un mutamento eccezionale del contesto storico e legislativo o un mutamento dello stesso parametro costituzionale²⁶. Pertanto, invece di prospettare una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, si potrebbe teorizzare la modifica del testo costituzionale, così come è avvenuto in Austria, in Portogallo e in Germania. Tale ipotesi si baserebbe sull'assunto che se è pacifica la circostanza che la Corte è vincolata solo al rispetto del dettato costituzionale, è altrettanto vero che la modifica del testo costituzionale legittimerebbe l'esercizio di tale potere da parte della Corte e la vincolerebbe ad esercitarlo in conformità a quanto previsto dal dettato costituzionale, limitandone notevolmente gli spazi di discrezionalità che potrebbero risulterne. Del resto, se nell'esercizio delle sue funzioni la Corte è vincolata a rispettare esclusiva-

²³ I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, cit., pp. 3 e ss.; si veda anche R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di G. G. Floridia*, Napoli, 2009, pp. 677 e ss.; M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, pp. 345 e ss.

²⁴ F. Modugno, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV. *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, cit., pp. 17 e ss.

²⁵ I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, cit., pp. 4 e ss.; M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., p. 345. L'A., infatti, afferma che non può "non attribuirsi al giudice costituzionale un potere di manipolazione diacronica della norma quando la mera caducazione di essa produrrebbe in concreto situazioni di violazione dei principi costituzionali più gravi di quelle derivanti dalla sua conservazione".

²⁶ Sul punto si veda R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., pp. 37 e ss.

mente la Costituzione e a custodirne l'integrità e se l'art. 136 Cost. non sancisce alcun principio di irretroattività delle sentenze di accoglimento, allo stato attuale la Corte risulterebbe vincolata solo a quanto stabilito dall'art. 30 della legge n. 87 del 1953, fonte, peraltro, di rango legislativo²⁷. Al riguardo, tuttavia, appare corretto richiamare l'autorevole opinione di chi²⁸ aveva manifestato il suo dissenso in merito alle due soluzioni prospettate, sostenendo che la disciplina e la previsione a livello costituzionale o legislativo di un potere di differimento degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento non sarebbe una strada percorribile e la ragione sarebbe da ricercare nella stessa natura istituzionale della Corte costituzionale, che è un organo cui è affidato un compito ben preciso: garantire il rispetto della legalità costituzionale ed esimersi, invece, dal compiere scelte che attengano all'adozione di strumenti decisori diretti ad incentivare la produzione legislativa²⁹. In proposito, il caso più evidente è costituito dall'adozione di sentenze "monito" o di "ancora costituzionalità", mediante le quali la Corte "rilevata la mancanza in una determinata legge di disposizioni che, invece, dovrebbero esserci perché ritenute essenziali al fine di assicurare il rispetto della Costituzione, si indirizza al legislatore e detta essa stessa i criteri ai quali dovrà uniformarsi per adeguare la disciplina della materia ai precetti costituzionali"³⁰. Pertanto, alla luce di tali osservazioni, sarebbe poco opportuno dotare la Corte di uno strumento come la *vacatio sententiae*³¹, che consentirebbe alla stessa di informare anticipatamente il legislatore sul contenuto della pronuncia di accoglimento, in modo che quest'ultimo si attivi a colmare le lacune entro un arco di tempo stabilito nella sentenza. Peraltro, *prima facie*, la *vacatio sententiae* sembrerebbe spianare la strada al riconoscimento di un elevato grado di discrezionalità in capo alla stessa Corte, la quale potrebbe avvalersi di uno strumento tipico della sfe-

²⁷ Secondo autorevole dottrina F. Modugno, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, cit., pp. 14 e ss; V. Onida, *Considerazioni sul tema*, ivi, pp. 185 e ss, la Corte costituzionale è vincolata al solo rispetto della Costituzione, per cui il vincolo proveniente dalla fonte di grado legislativo e non costituzionale non andrebbe a vincolare in via assoluta l'esercizio del potere decisorio della Corte.

²⁸ V. Onida, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, cit., pp. 186 e ss.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ T. Martines, *Diritto costituzionale*, dodicesima edizione interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2010 pp. 504 e ss.

³¹ A. Ruggeri, *Vacatio sententiae*, retroattività parziale e nuovi tipi di pronunzie della Corte Costituzionale, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, cit., pp. 66 e ss.

ra legislativa, che, difficilmente potrebbe rientrare in uno schema di “legislazione a rime obbligate”³². La difficoltà al riguardo sarebbe evidente, considerato che la fissazione di un arco temporale entro cui si renda necessario un intervento legislativo, inevitabilmente comporterebbe per la Corte stessa di fare valutazioni di opportunità che trascendono la sfera della legittimità. Per tali ragioni, quindi, dotare la Consulta di strumenti affini a quelli posseduti dal legislatore sarebbe poco prudente oltre che inopportuno, in quanto rischierebbero di allontanarla sensibilmente dal ruolo che è chiamata ad occupare nel sistema costituzionale. Tuttavia, al riguardo, non si può ignorare come la stessa Corte abbia utilizzato, nel corso degli anni, tecniche decisorie sempre più peculiari sia dal punto di vista della modulazione temporale sia dal punto di vista delle sentenze costituzionalmente obbligate come le sentenze additive³³. Sul punto, però, è stato evidenziato che una cosa è disporre dei contenuti delle sentenze ad esempio adottando decisioni di tipo manipolativo- altra cosa è disciplinare e determinare gli effetti delle sentenze, che si tradurrebbe nella possibilità di incidere sull’efficacia delle norme costituzionali e, quindi, intaccare la stessa rigidità della Costituzione³⁴. Tale differenza emerge in modo ancora più chiaro quando si esamini il momento successivo alla pronuncia della sentenza, in quanto con le sentenze manipolative (additive o sostitutive) il giudice comune è chiamato a ricavare ed applicare le norme risultanti dalla pronuncia d’incostituzionalità, spettando a lui l’ultima parola sul modo in cui operano gli effetti delle sentenze della Corte³⁵; viceversa, nelle sentenze aventi ad oggetto la modulazione temporale degli effetti è il giudice costituzionale ad avere l’ultima parola e

³² V. Onida, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, cit. p. 186; sulla problematica delle sentenze additive si veda anche V. Crisafulli, *La Corte ha vent’anni*, in Giur. Cost., 1976, pp. 1706 e ss.; F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto*, Torino, 2000, pp. 116 e ss.; A. Pace, *Sul dovere della Corte di adottare sentenze di accoglimento (se del caso “interpretative” e “additive”) quando l’incostituzionalità sia nella lettera della disposizione*, in Giur. Cost., 2006, p. 3428; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, pp. 139 e ss.

³³ Ad esempio con la sent. 170/2014 della Corte Costituzionale si assiste all’emanazione di una sentenza additiva “sui generis” perché la Corte dichiara l’esistenza della lacuna legislativa senza però colmarla. Sul punto si veda R. Romboli, *La legittimità costituzionale del divorzio imposto: quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, in www.giurcost.it/rivista/studi, 2014, pp. 220 e ss.; P. Veronesi, *Un’anomalia additiva di principio in materia di divorzio imposto: il caso “Bernaroli” nella sent. 170/2014*, in www.forumco-stituzionale.it, 6 luglio 2014, pp. 2 e ss.

³⁴ V. Onida, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, cit., pp. 187 e ss.

³⁵ *Ibidem*.

a decidere quando e in quali fattispecie andranno applicate le norme censurate, mentre il giudice comune dovrà limitarsi solo a prendere atto della possibilità di applicare o meno la norma illegittima.

3. La tipologia delle decisioni di modulazione degli effetti caducatori

Il dibattito relativo all'inammissibilità dell'esercizio di tale potere da parte della Corte non ha dissuaso quest'ultima ad adottare decisioni di questo tipo: infatti, l'esigenza che la Consulta persegue quando adotta tali decisioni risiede nel fatto di contenere l'effetto retroattivo delle sentenze di accoglimento, in modo da evitare che tali pronunce producano "effetti ancora più incompatibili con la Costituzione del mancato accoglimento"³⁶. Al fine di realizzare tale obiettivo, la Corte, sin dagli inizi degli anni ottanta, ha cominciato ad emettere una serie di decisioni che la dottrina ha puntualmente classificato come sentenze "ad incostituzionalità sopravvenuta", "incostituzionalità progressiva", "incostituzionalità accertata ma non dichiarata", "ancora costituzionalità"³⁷ e "sentenze monito"³⁸.

In ordine alle indicate tipologie di decisioni, quelle che assumono rilievo ai fini della presente indagine sono indubbiamente le sentenze "ad incostituzionalità sopravvenuta", intendendosi per tali quelle pronunce che dilazionano nel tempo gli effetti delle decisioni di accoglimento, limitandoli soltanto ad alcuni rapporti³⁹. Nelle richiamate sentenze, la Con-

³⁶ Cfr. Sentenza n. 10/2015 punto 7 e 8 del considerato in diritto; analogamente la sentenza n. 13/2004.

³⁷ G. Zagrebelsky, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale cit.*, p. 202, il quale definisce le sentenze di ancora "costituzionalità" quelle sentenze "con le quali la questione è respinta perché non è ancora possibile considerare incostituzionale la legge"; sulla categoria delle sentenze di ancora costituzionalità si veda anche L. Pegoraro, *I rapporti della Corte costituzionale con il legislatore e la sistematica dei modelli*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale ad una svolta*, a cura di R. Romboli, Milano, 1990, pp. 187 e ss.; G. Rolla, *Il sistema costituzionale italiano*, Torino, 2010, pp. 482 e ss.

³⁸ R. Pinardi, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in www.giurcost.it, n.1/2015, pp. 218 e ss.; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., pp. 37 e ss.; A. Ruggeri- A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, pp. 188 e ss.; G. Zagrebelsky, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, cit., pp. 200 e ss.

³⁹ M.R. Morelli, *Incostituzionalità sopravvenuta e declaratorie di illegittimità dal momento in cui*. Alla ricerca di nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della retroattività dell'effetto, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, cit., pp. 171 e ss.

sulta dichiara l'incostituzionalità di una determinata disciplina, che, al momento della propria entrata in vigore, era conforme al dettato costituzionale ma che, in ragione di circostanze intervenute successivamente alla sua emanazione, è diventata incostituzionale. In tal caso, appare preferibile che gli effetti caducatori riconducibili alla sentenza di accoglimento decorrano soltanto dal momento in cui si sia verificata la sopravvenienza dell'incostituzionalità che ha alterato lo stato di fatto regolato dalla norma⁴⁰. Nella suindicata ipotesi, quindi, non ci si trova di fronte ad un caso di incostituzionalità originaria di una norma- che deve considerarsi invalida sin dalla sua entrata in vigore e che pertanto obbligherà la Corte ad emettere una sentenza di accoglimento secco- ma si tratta di esaminare una norma che diventa incostituzionale in un momento successivo alla sua entrata in vigore per circostanze sopravvenute. Tale dichiarazione d'incostituzionalità non risulta essere molto problematica per la Consulta qualora quest'ultima debba semplicemente constatare il mutamento del quadro legislativo o del parametro costituzionale mentre incontra maggiori difficoltà quando, all'esito del bilanciamento tra diversi principi costituzionali, si accorge che non può far coincidere il momento nel quale è sopravvenuta l'incostituzionalità con il momento della dichiarazione di incostituzionalità e con quello in cui decide di far decorrere gli effetti caducatori, tanto da essere costretta ad avvicinare dal passato al presente il termine iniziale di produzione degli effetti invalidanti dell'accoglimento, di modo che la norma di legge viene caducata a partire da un momento successivo rispetto a quello della sua accertata illegittimità. In tale ipotesi, la Corte emetterà non più una sentenza ad incostituzionalità sopravvenuta "in senso stretto" ma una sentenza ad incostituzionalità "differita"⁴¹.

Con l'adozione di una sentenza ad "incostituzionalità differita" si assiste ad un'operazione di tipo manipolativo, ravvisabile nel differimento del *dies a quo* dell'accertata incostituzionalità, tanto che in questo caso si è ritenuto che "si possa correttamente affermare che il giudice della legittimità costituzionale tenti di impadronirsi degli effetti temporali della propria pronuncia, cercando in tal modo di limitarne la naturale efficacia *pro praeterito*. In una decisione ad "incostituzionalità differita", infatti, la Corte limita gli effetti temporali della propria pronuncia e la loro naturale efficacia *pro praeterito*"⁴². Tale incongruenza con il dovere istitu-

⁴⁰ R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore, cit.*, pp.169 e ss.

⁴¹ R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore, cit.*, pp.169 e ss.

⁴² Cfr. *Ibidem*.

zionale della Corte di determinare l'immediata disapplicazione della norma illegittima *ab initio* risulta in realtà giustificata da una valutazione bilanciata delle diverse istanze di rilievo costituzionale che entrano in gioco nella fattispecie⁴³. In tale caso, infatti, la Corte, ritenendo che in una determinata occasione una sentenza di accoglimento secco andrebbe a tutelare sì alcuni interessi ma ne andrebbe a sacrificare degli altri, decide di derogare alla regola della retroattività emettendo una sentenza ad incostituzionalità differita, classificata anche come sentenza ad incostituzionalità sopravvenuta per bilanciamento dei valori⁴⁴. Il differimento nel tempo dell'efficacia caducatoria della norma è, infatti, il prodotto di un'operazione ermeneutica molto peculiare, in quanto la Corte mette in relazione i principi e i diritti costituzionali attraverso una tecnica di bilanciamento, valutando la necessità di garantire una loro preminente tutela nel caso di specie. Il presupposto da cui la Corte parte, al fine di porre in essere un equo ed equilibrato bilanciamento dei principi costituzionali, è che la Costituzione è composta di norme facenti parte di un sistema unitario, all'interno del quale non ci possono essere principi o diritti dotati di un certo grado di assolutezza rispetto ad altri, ma ci sono principi e diritti che in una determinata occasione devono essere preferiti ad altri in termini di tutela, all'esito del giudizio di bilanciamento, ispirato a criteri di ragionevolezza e stretta proporzionalità, che induca la Consulta a valutare costituzionalmente necessario far prevalere un principio rispetto ad un altro⁴⁵. L'operazione di bilanciamento degli interessi, che determina la Corte a differire gli effetti caducatori delle proprie sentenze, è influenzato dal contesto legislativo, sociale e soprattutto economico nel quale la norma illegittima è applicata ed è per tale ragione che negli ultimi anni la crisi economica ha fortemente influenzato il tipo di de-

⁴³ I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, cit., pp.7 e ss.; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., pp. 170 e ss. ; R. Pinardi, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, cit., pp. 220 e ss.

⁴⁴ F. Modugno, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale*, cit., pp. 17 e ss.

⁴⁵ R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare effetti ancora più incompatibili con la Costituzione*, in www.federalismi.it, 25 febbraio 2015, p. 9; R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, cit., pp.131 e ss.; M. Ruotolo- M. Careda, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla Robin tax*, in Rivista AIC, n. 2/2015, pp. 8 e ss.

cisioni che la Corte adotta, giungendo a diventare uno dei poli dell'operazione di bilanciamento⁴⁶.

In linea con tale giurisprudenza, la recente sentenza sulla *Robin Hood tax* rappresenta il caso più singolare in cui la Corte è ricorsa allo strumento del differimento nel tempo degli effetti retroattivi della sentenza di accoglimento ed ha adottato una sentenza di "incostituzionalità differita" per bilanciamento dei principi⁴⁷, resasi necessaria ad evitare uno squilibrio di bilancio rilevante ex art. 81 Cost., che si sarebbe verificato ove si fosse ammessa la restituzione a tutti i contribuenti degli introiti conseguenti all'imposta riconosciuta incostituzionale *ab initio*⁴⁸ dalla Corte.

4. Le sentenze di differimento temporale degli effetti caducatori e la loro incidenza sul requisito della "rilevanza"

Un altro aspetto che desta perplessità è la circostanza che, con la sentenza n.10 del 2015, la Consulta non ha consentito alle parti del giudizio *a quo* di beneficiare degli effetti della sua pronuncia, in quanto ha pretermesso il requisito della "rilevanza", interpretando quest'ultimo in modo diverso a seconda che si tratti del giudizio *a quo* oppure del giudizio *ad quem*⁴⁹. Nel giudizio "a quo" il requisito della rilevanza è interpretato "in senso stretto", in ordine alla valutazione che il giudice *a quo* compie circa la prospettabilità della q.l.c., mentre, in sede di giudizio *ad quem* viene interpretato "in senso elastico"⁵⁰. La Consulta adduce a giu-

⁴⁶Sul punto si veda anche M. Benvenuti, *La Corte costituzionale*, in F. Angelini- M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del convegno di Roma 26-27 aprile 2012, Napoli, 2014, pp. 396 e ss.

⁴⁷A. Anzon Demming, *Elogio della sentenza n. 10 del 2015*, in www.forumcostituzionale.it, 12 maggio 2015, pp. 2 e ss.; M. Bignami, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte Costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 18 febbraio 2015, pp. 2 e ss.; R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare effetti ancora più incompatibili con la Costituzione*, cit., pp. 9 e ss.; si veda anche F. Modugno, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., p. 17.

⁴⁸Cfr. sent. 10/2015 Punto 8 in diritto.

⁴⁹R. Romboli, *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, cit., pp. 6 e ss.

⁵⁰Per nozione più elastica di rilevanza si intende che "la questione di legittimità costituzionale di una norma sarebbe rilevante quando ne sia meramente probabile l'applicazione in giudizio senza riguardo all'eventuale futura influenza della decisione della Corte" sul giudizio principale. Cfr. L. Azzena, *La rilevanza del sindacato di costituzionalità dalle*

stificazione il fatto che, se non intendesse in questi termini il requisito della "rilevanza", difficilmente potrebbe adottare delle sentenze di accoglimento con effetti *pro futuro*, giustificate dalla "impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali, i quali altrimenti risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e dalla circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco"⁵¹. Così opinando, però, le parti del giudizio *a quo* non possono beneficiare degli effetti della pronuncia di accoglimento e vedono sacrificate le loro ragioni, non trovando più così utile sollevare l'eccezione d'incostituzionalità perché gli effetti della sentenza non trovano applicazione nella controversia oggetto del giudizio *a quo*. Per tale motivo, una modulazione temporale degli effetti esclusivamente *pro futuro* scoraggia le parti del giudizio principale che - attivando la macchina giudiziaria per ottenere una tutela dei propri diritti attraverso l'impiego di risorse economiche e umane - dovrebbero ipoteticamente rassegnarsi di fronte al fatto di aver versato all'erario un'addizionale dichiarata incostituzionale e di non aver potuto beneficiare della restituzione

origini alla dimensione europea, in L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006, p. 64; sul punto si veda anche R. Romboli, Corte e diritti, in Corte costituzionale e sistema istituzionale, (a cura di) F. Dal Canto- E. Rossi, Torino, 2011, pp. 12 e ss., il quale dopo aver ricordato l'orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale in ordine alla "necessaria influenza che il giudizio costituzionale deve esercitare sul giudizio principale" rileva pure che allorquando la Corte ha eccezionalmente accolto, mutando sul punto orientamento giurisprudenziale, una nozione più elastica di rilevanza, ovvero intesa non più in termini di "stretta pregiudizialità", lo ha fatto per la "necessità di tutelare le situazioni di diritto fatte valere nei giudizi comuni" rispetto alle quali la precedente giurisprudenza avrebbe potuto arrecare un pregiudizio intollerabile. Sul tema del requisito della rilevanza e della sua interpretazione si veda M. Cappelletti, Questioni nuove e vecchie sulla giustizia costituzionale, in AA.VV., Giudizio a quo e promuovimento del processo costituzionale, Milano, 1990, pp. 33 e ss. (il quale intende la rilevanza in termini di stretta pregiudizialità); F. Modugno, Sulla pretesa incostituzionalità del requisito della rilevanza per la questione legitimitatis, in Giurisprudenza costituzionale, 1971, pp. 2118 e ss. (Il quale, invece, è favorevole all'accoglimento di una nozione meno rigida di rilevanza); per una ricostruzione più recente della suddetta tematica si veda A. Pugiotto, Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale, cit., pp. 2 e ss.; R. Romboli, L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti, cit., pp. 6 e ss; R. Romboli, Il giudizio di costituzionalità della legge in via incidentale, in Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013), a cura di R. Romboli, Torino, 2014, pp. 79 e ss.; S. Staiano, La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi provvisoria del modello incidentale, in Rivista AIC, n. 2/2014, pp. 3 e ss.

⁵¹ Cfr. sent. 10/2015 punto 7 del considerato in diritto.

delle somme illegittimamente versate⁵². Peraltro nella sentenza in esame si assiste all'adozione di una pronuncia di incostituzionalità sopravvenuta, emessa sulla base di un'incostituzionalità originaria, che poteva se non altro giustificare l'applicazione della sentenza di accoglimento, almeno nel giudizio *a quo*.

Il problema riguarda il fatto che, in ordine all'illegittimità *ab initio* della *Robin tax*, la Corte si è pronunciata dopo quattro anni dal momento in cui era stata sollevata la questione e, di conseguenza, la sentenza non poteva essere applicata solo ai rapporti sorti nel giudizio *a quo* ma anche a quei rapporti che, nel frattempo, erano sorti prima dell'emanazione della sentenza. Ovviamente, tutto ciò avrebbe provocato un danno irreparabile all'erario, con inevitabile violazione dell'art. 81 Cost. e, per tale ragione, la Corte ha valutato che, in questa occasione, come in quella relativa alla dichiarazione di illegittimità della legge elettorale (sent. n. 1/2014), era necessario interpretare il requisito della rilevanza in modo elastico, al fine di tutelare l'integrità della Costituzione.

La giurisprudenza richiamata, però, mal si concilia con il carattere incidentale del giudizio costituzionale⁵³, in quanto la Consulta attraverso l'adozione delle pronunce di modulazione degli effetti delle sentenze, disattendendo il presupposto della rilevanza, spezzerebbe quel rapporto tra giudizio *a quo* e giudizio *ad quem*, alterando l'impianto del sistema di giustizia costituzionale⁵⁴. Infatti, in forza di tale filone giurisprudenziale i giudici comuni potrebbero iniziare a non temere più una pronuncia di inammissibilità della Corte in caso di carente motivazione in punto di rilevanza nella prospettazione della q.l.c., in quanto gli stessi si potrebbero convincere del fatto che la stessa Corte intende la rilevanza come un filtro di ammissibilità non più così stringente⁵⁵. Tale situazione

⁵² A. Pace, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 53 e ss.; R. Pinardi, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, cit., pp. 2 e ss.

⁵³ R. Romboli, *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, cit., p.6.

⁵⁴ A. Anzon Demming, *La Corte costituzionale esce allo scoperto e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce di accoglimento*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, pp. 10 e ss.; F. Gabriele - A. Nico, *Osservazioni a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 10/2015: dall'illegittimità del togliere ai ricchi per dare ai poveri alla legittimità del chi ha avuto, avuto...scordiamoci il passato*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, pp. 9 e ss.;

⁵⁵ F. Gabriele - A. Nico, *Osservazioni a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 10/2015: dall'illegittimità del togliere ai ricchi per dare ai poveri alla legittimità del chi ha avuto, avuto...scordiamoci il passato*, cit., pp. 11 e ss.

ne si potrebbe tradursi in un'alterazione del sistema di giustizia costituzionale e in una violazione dell'art. 1 l. Cost. n. 1/1948, che prescrive la rilevanza come un requisito di ammissibilità della q.l.c e che, peraltro, determina il carattere misto del sistema di giustizia costituzionale, perché contraddistinto da alcuni elementi del sistema di controllo diffuso ed alcuni elementi del sistema di controllo accentrato di tipo kelseniano⁵⁶. Per tale motivo, è interessante riportare l'autorevole opinione di chi aveva messo in luce come "la retroattività non è un elemento accidentale del nostro sistema di giustizia costituzionale è al contrario la conseguenza necessaria delle sue linee costitutive. Negare la retroattività significa contraddire la concretezza del giudizio costituzionale e la sua finalizzazione alla difesa di posizioni già venute in esistenza; privare di senso l'incidentalità dell'iniziativa; modificare la stessa condizione della legge in-costituzionale e la natura del vizio corrispondente"⁵⁷.

5. La prevalenza dell'art. 81 Cost. nell'operazione di bilanciamento tra interessi costituzionali

Con la sentenza n. 10 del 2015 la Corte ricorre, come rilevato, ad una tecnica decisoria molto singolare in quanto, pur riconoscendo l'incostituzionalità *ab initio* della norma, non adotta una sentenza di accoglimento secco⁵⁸ ma emette una sentenza "temporalmente manipolativa"⁵⁹ per evitare una lesione dell'art. 81 Cost. ed il generarsi di ingiustificati effetti sperequativi, inaccettabili in virtù "del valore di solidarietà politica, economica e sociale"⁶⁰. La scelta di ricorrere a tale strumento decisorio è stata dettata in particolare da un bilanciamento tra i valori costituzionali, ispirato ad un criterio di stretta proporzionalità⁶¹ ed in seguito ad esso

⁵⁶ R. Romboli, *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, cit., p.6

⁵⁷ G. Zagrebelsky, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., p. 214.

⁵⁸ G. Silvestri, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 48 e ss.

⁵⁹ R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., pp. 145 e ss.

⁶⁰ Cfr. sent. 10/2015 punto 6.2 in diritto.

⁶¹ Per un esame del giudizio di proporzionalità si veda M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it/documenti, 2013, dove l'Autore analizza le quattro fasi attraverso le quali si articola il giudi-

si è stabilita la prevalenza del principio dell'equilibrio di bilancio sugli altri interessi costituzionali⁶². La Consulta, però, nel fare applicazione del criterio di stretta proporzionalità determina la prevalenza del principio dell'equilibrio di bilancio su quello di eguaglianza, suscitando non poche perplessità⁶³, soprattutto perché con un'operazione del genere rela-

zio di proporzionalità. "Il giudizio di proporzionalità, comparso originariamente nell'ambito del diritto amministrativo prussiano, poi irradiatosi nel diritto tedesco per ottenere un particolare successo nei giudizi di legittimità costituzionale relativi alla tutela dei diritti fondamentali e del loro bilanciamento...consiste in una verifica di quattro fasi... la quarta fase è quella della proporzionalità in senso stretto ed esamina gli effetti dell'atto legislativo, mettendo a confronto e soppesando i benefici che derivano dal perseguimento dell'obiettivo cui il legislatore mira e i costi, cioè i sacrifici che esso impone ad altri diritti e interessi in gioco. E' quest'ultima la fase più delicata, quella che esige che il giudice spalanchi lo sguardo delle sue valutazioni, fino a protrarsi sull'impatto effettivo della legislazione sottoposta al suo esame, ciò richiede una conoscenza del dato di esperienza reale che la legge disciplina che supera di gran lunga il dato giuridico positivo strettamente inteso. E' in questa dimensione esperienziale che il giudice può bilanciare i diritti e gli interessi in gioco, ricercata la soluzione che più di ogni altra persegue in modo equilibrato la massima espansione di tutti i diritti e i valori... Per quanto riguarda la Corte costituzionale italiana non vi è traccia di un siffatto modulo argomentativo. Invero il principio di proporzionalità è frequentemente richiamato nella giurisprudenza costituzionale italiana unitamente al principio di ragionevolezza o talvolta come sinonimo di esso, anzi in qualche occasione la Corte ha esplicitamente affermato che il principio di proporzionalità "rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza"(sent. 220/1995)". Sul principio di ragionevolezza, si veda, F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; A. Morrone, *Bilanciamento(giustizia costituzionale) in Enciclopedia del diritto, Annali, volume 2*, Milano, 2008, pp. 185 e ss.; L. Paladin, *Ragionevolezza*, (voce), in *Encl. del dir.*, Vol. 1, 1997, pp. 899 e ss.; G. Scaccia, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di S. Cassese), Vol. 5 Milano, 2006, pp. 4805 e ss.

⁶² M. Bignami, "Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale", cit., pp. 2 e ss.; I. Ciolli, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in www.forumcostituzionale.it, 26 maggio 2015, pp. 3 e ss.; R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare effetti ancora più incompatibili con la Costituzione*, cit., pp. 9 ss.; F. Gabriele- A. Nico, *Osservazioni a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10/2015: dall'illegittimità togliere ai ricchi per dare ai poveri alla legittimità del chi ha avuto ha avuto.. scordiamoci il passato*, cit., pp. 4 e ss.; G. Tosato, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno, Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Roma Palazzo della Consulta 22 Novembre 2013, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni, pp. 20 e ss.; S. Scagliarini, *La Corte tra Robin Hood tax e legislatore senza terra*, in www.giurcost.it, fasc. n. 1/2015, pp. 234 e ss.

⁶³ I. Ciolli, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, cit., pp. 3 e ss.; R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare effetti ancora più incompatibili con la Costituzione*, cit. pp. 8 e ss.; F. Gabriele- A. Nico, *Osservazioni a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10/2015*, cit., pp. 3 e ss.; A. Lanzafame, *La limitazione degli effetti re-*

tivizza la portata precettiva dei interessi costituzionali, come nella fattispecie quello di eguaglianza, che sono l'immediata espressione di quel nucleo di principi supremi e fondamentali dell'ordinamento democratico⁶⁴. Questo modo di intendere l'operazione di bilanciamento dei principi da parte della Consulta costituisce il punto di approdo di una giurisprudenza che la Corte costituzionale aveva inaugurato di recente con la sentenza n. 85 del 2013 (caso Ilva) "nella quale aveva evidenziato il carattere non assoluto dei diritti fondamentali da cui scaturisce l'esigenza di bilanciamento"⁶⁵. Nel caso Ilva la Corte era chiamata a giudicare, da un lato, sull'interruzione delle attività delle acciaierie dell'Ilva, disposta dal giudice a tutela della salute dei cittadini e, dall'altro, sul grave danno economico che tale interruzione provocava all'azienda di Taranto e al sistema economico nazionale ed europeo. Nella decisione il giudice costituzionale risolve questo impasse stabilendo che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro"(n. 264 del 2012). Se così non fosse si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono nel loro insieme, espressione della dignità della persona"⁶⁶. Ancora, "La Costituzione italiana come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come primari

troattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015, cit., pp. 13 e ss.; I. Massa Pinto, La sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale, cit., pp. 505 e ss.; M. Ruotolo - M. Careda, Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla Robin tax, cit., pp. 9 e ss.; S. Scagliarini, La Corte tra Robin Hood tax e legislatore senza terra, cit., pp. 234 e ss.

⁶⁴ I. Ciolli, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, cit., pp. 3 e ss.; R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare effetti ancora più incompatibili con la Costituzione*, cit., pp. 8 e ss.; F. Gabriele- A. Nico, *Osservazioni a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10/2015, cit.*, pp. 3 e ss.;

⁶⁵ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 9.

⁶⁶ Cfr. punto 9 del considerato in diritto (sent. n. 85 del 2015)

dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo deve essere valutato- dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo- secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza tali da non consentire un loro sacrificio del loro nucleo essenziale⁶⁷.

Questo nuovo modo d'intendere l'operazione di bilanciamento dei principi costituzionali è ripreso anche nella sentenza n. 10 del 2015, in cui la Corte giustifica la prevalenza dell'art. 81 Cost. più o meno negli stessi termini⁶⁸ solo che nell'operazione di bilanciamento posta in essere nella sentenza in esame emergono due aspetti problematici: il primo attiene al fatto che l'art. 81 Cost. si riconferma un principio cui in questi anni la Corte conferisce nell'operazione di bilanciamento carattere prevalente anche tramite forzature⁶⁹ e il secondo concerne l'elevazione della regola della retroattività a principio costituzionale, giudicando così suscettibile anch'essa di bilanciamento⁷⁰. Nell'analizzare più dettagliatamente i due citati profili, la dottrina⁷¹ ha anzitutto messo in evidenza che l'art. 81 Cost. ha assunto, recentemente, una rilevanza notevole all'interno del giudizio di bilanciamento, poiché - a seguito della crisi economico-finanziaria dei Paesi dell'Eurozona, della riforma costituzionale del 2012 e delle spinte provenienti dalle istituzioni europee⁷² ha influenzato sia l'operazione di bilanciamento stes-

⁶⁷ Cfr. punto 9 del considerato in diritto.

⁶⁸ Cfr. punto 7 del considerato in diritto.

⁶⁹ Così M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Seminario Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Roma Palazzo della Consulta, 22 Novembre 2013, www.cortecostituzionale/documenti/convegni/seminari/2013.it, p. 34.; M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in www.astrid-online.it, Rassegna, n. 3/2013, pp. 1 e ss.; S. Scagliarini, *La Corte tra Robin Hood tax e legislatore "senzaterra"*, cit., pp. 235 e ss.

⁷⁰ M. Ruotolo- M. Caredda, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla Robin tax*, cit., pp. 6 e ss. .

⁷¹ I. Ciolli, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, cit., p. 2 e ss.; M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., p. 37 e ss.; G. Tosato, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, cit., pp. 20 e ss.

⁷² In tema, D. Morgante, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in www.federalismi.it, n. 14/2012, pp. 6 e ss.; F. Fabbrini, *Il pareggio di bilancio nelle costituzioni europee*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2011, pp. 933 e ss.; M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in AA. VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bi- fulco e A. D'Aloia, Napoli, 2008, pp. 423 e ss.

sa, elaborata inizialmente per i soli giudizi di violazione dell'art. 3 Cost.⁷³ sia la tipologia degli strumenti decisori a disposizione della Corte. Tali novità erano state, peraltro, già pronosticate⁷⁴ quando si era messo in evidenza, anche dopo la riforma costituzionale del 2012, il rischio che la Corte potesse trovarsi ad operare un bilanciamento ineguale tra diritti fondamentali ed esigenze economiche e in tal caso assistere ad un inevitabile prevalenza delle seconde sui primi. Per tale ragione, quindi, era stato proposto di "riflettere sull'opportunità di un più frequente rinvio alla discrezionalità del legislatore o sulla modulazione degli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento"⁷⁵. La Corte, invece, ha disatteso tali indicazioni e a seguito della citata riforma costituzionale ha fatto ricorso alla modulazione degli effetti temporali proprio all'esito di un bilanciamento ineguale, che si è tradotto nello spostare il baricentro del bilanciamento interamente sull'art. 81 Cost.⁷⁶ Tale operazione è ravvisabile anche nella sentenza n. 10 del 2015, ove la Corte - nonostante abbia la premura di precisare che la sua preoccupazione principale è quella di adottare una soluzione che non generi effetti sperequativi ingiusti alla luce "della solidarietà politica, economica e sociale di cui agli artt. 2 e 3 Cost."⁷⁷ - in realtà si preoccupa di tutelare principalmente⁷⁸ l'art. 81 Cost. Nella fattispecie, la modulazione degli effetti temporali della sentenza è ad avviso della Corte l'unica soluzione costituzio-

⁷³ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., pp. 4 e ss.; L. Paladin, *Ragionevolezza*, (voce), in *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 899e ss.; G. Scaccia, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Vol. 5, cit., pp. 4805 e ss.

⁷⁴ L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in www.costituzionalismo.it n. 1/2013, pp. 1 e ss.; M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., p. 39.

⁷⁵ M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., pag. 39.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Cfr. sent. 10/2015 punto 6.1 del considerato in diritto.

⁷⁸ A. Anzon Demming, *La Corte costituzionale esce allo scoperto e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce di accoglimento*, cit., pp. 7 e ss.; M. Bignami, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, cit., pp. 2 e ss.; R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare effetti ancora più incompatibili con la Costituzione*, cit., pp. 8 e ss.; A. Lanzafame, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n.10/2015*, cit., pp. 13 e ss.; A. Mastroberti, *Robin Hood tax illegittima irragionevole e mal strutturata, ma solo a decorrere dal futuro*, in *Il fisco 2015*, pp. 2 e ss.; M. Ruotolo- M. Caredda, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla Robin tax*, cit., pp. 10 e ss.; P. Veronesi, *La Corte sceglie i tempi: sulla modulazione delle pronunce di accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, www.forumcostituzionale.it, 3 aprile 2015, pp. 3 e ss.

nalmente “necessaria”⁷⁹, dato che ricorrono due presupposti: “l’impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali, i quali altrimenti risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento degli interessi in gioco”⁸⁰. In tale operazione ermeneutica, come rilevato, la Consulta però ritiene suscettibili di bilanciamento non solo i principi e i diritti costituzionali ma anche la regola della retroattività delle sue pronunce, retroattività che, però, dovrebbe qualificarsi come una regola processuale e non un principio⁸¹. Perciò, la retroattività, essendo una regola e non un principio, non sarebbe suscettibile di bilanciamento, in quanto è da considerarsi esterna all’attività di bilanciamento⁸², “anzi fondativa della competenza della Corte ad operare lo stesso”⁸³; in questo modo “una Corte che non presti osservanza ai canoni stabiliti per l’impianto e lo svolgimento del suo processo non sarebbe più un potere costituito ma fatalmente si snaturerebbe in un potere costituente”⁸⁴. Tale rilievo è stato eluso dalla Consulta attesa la necessità di tutelare l’art. 81 Cost. che impone ragionevolmente alla Corte di elevare la retroattività da regola processuale a principio suscettibile di bilanciamento. La ragione che ha probabilmente determinato la Corte a giudicare suscettibile di bilanciamento la retroattività delle proprie pronunce è stata dettata, ancora una volta, dalla necessità di custodire la Costituzione nella sua integralità, ispirandosi ad un criterio di ragionevolezza nelle scelte da adottare⁸⁵. Sarebbe discutibile infatti che la Corte pronunci una sentenza che rispetti la regola della retroattività ma che, allo stesso tempo, non tuteli i principi della Costituzione, confidando nella buona fede del legislatore, chiamato ad intervenire tempestivamente per colmare la lacuna, prodotta da una sentenza di accoglimento *tout court*⁸⁶.

Tuttavia, è doveroso evidenziare per ragioni di completezza, che que-

⁷⁹ R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento*, cit., pp. 9 e ss.

⁸⁰ Cfr. sent. 10/2015 punto 7 in diritto.

⁸¹ Cfr. sent. 10/2015 punto 7 in diritto (“principio...che non è privo di limiti”).

⁸² M. Ruotolo- M. Caredda, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d’incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla Robin tax*, cit., p. 6.

⁸³ A. Ruggeri, *Sliding doors per l’incidentalità nel processo costituzionale*, cit., p. 3.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento*, cit., p. 10.

⁸⁶ Sul punto si vedano le osservazioni di A. Cerri, *Materiali e riflessioni sulle pronunce di accoglimento datate*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 135 e ss.

ste esigenze, espresse nella sentenza in esame sono state completamente disattese nella recente sentenza n. 70 del 2015. Con tale decisione⁸⁷ la Corte smentisce quanto aveva sostenuto nella sentenza n. 10 del 2015. Nella sentenza n. 70 del 2015 infatti non c'è alcun riferimento al principio dell'equilibrio di bilancio sia nell'operazione di bilanciamento e sia nelle ragioni che hanno portato ad adottare una sentenza di accoglimento secco; in particolare in tale pronuncia non è richiamata la precedente decisione, nonostante l'esistenza di notevoli similitudini tra i due casi per quanto attiene alla tutela del principio dell'equilibrio di bilancio. La Consulta, in tale decisione, non procede ad un bilanciamento paritario dei principi costituzionali, come è accaduto nella n. 10 del 2015, ma per giustificare la tutela dei diritti previdenziali ricorre ad "un ordine gerarchico dei valori sbilanciato a tutto vantaggio dei diritti previdenziali: diritti, questo è il punto, dei quali è affermata la supremazia assoluta sulle concorrenti, non ponderate, esigenze di solidarietà e di eguaglianza sottese alla manovra finanziaria presupposta dalla legge Monti cd. *Salva Italia*"⁸⁸. Da queste due sentenze "di spesa" diametralmente opposte, dunque, emerge che la Corte quando si tratta di tutelare il principio dell'equilibrio di bilancio non è riuscita a consolidare un indirizzo interpretativo coerente considerato che "chi leggesse le due decisioni in parallelo si troverebbe di fronte ad affermazioni antitetiche circa il valore costituzionale dell'art. 81 della Costituzione anche nella nuova edizione introdotta nel 2012"⁸⁹.

6. La conciliabilità delle decisioni di modulazione degli effetti caducatori con il ruolo istituzionale della Corte

L'esercizio del potere di modulare gli effetti temporali delle proprie

⁸⁷ Avente ad oggetto la dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 24 comma 25 del decreto legge 6 Dicembre 2011 n. 201 convertito dall'art. 1 comma 1 della legge 22 Dicembre 2011 n. 214 nella parte in cui prevede che in considerazione della contingente situazione finanziaria, la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici secondo il meccanismo stabilito dall'art. 34 comma 1 della legge 23 Dicembre 1998 n. 448 è riconosciuta per gli anni 2012 e 2013 esclusivamente ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS nella misura del cento per cento.

⁸⁸ A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 10/2015, p. 4; si veda anche A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *AIC Rivista*, n. 2/2015, pp. 3 e ss.; S. Lieto, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in www.forum-costituzionale.it, 2015, pp. 4 e ss.; A. Sgroi, *La perequazione automatica delle pensioni e i vicoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in www.giurcost.it, studi, II/2015, pp. 516 e ss.

⁸⁹ A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, cit., p. 3.

pronunce incide anche sul ruolo istituzionale della Corte; essa infatti adottando decisioni di tipo manipolativo ha emesso pronunce dal contenuto non più solo negativo e assoluto⁹⁰ ma di tipo relativo⁹¹, perché ha iniziato a tenere conto dell'impatto che le sue decisioni producono nell'ordinamento giuridico. La Corte, al fine di assecondare questo tipo di esigenza, ha adottato decisioni di incostituzionalità nelle quali non si statuisce una verità assoluta - ossia la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma di legge, che sarà ritenuta tale incondizionatamente - ma che iniziano a relativizzare il dato dell'incostituzionalità, tenendo conto della "contrapposizione tra ragionevolezza e razionalità, tra ragione empirica e ragione logica"⁹². La Consulta, in questo modo, avvertendo l'esigenza di distaccarsi dal modello del legislatore negativo di stampo kelseniano⁹³ - deputato esclusivamente ad annullare la norma inco-

⁹⁰ G. Silvestri, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/Parigi2013 p. 2.

⁹¹ Classico esempio di decisioni che hanno un contenuto relativo sono le sentenze che "contraggono gli effetti retroattivi", in quanto circoscrivono in un determinato momento storico l'invalidità di una norma di legge. G. Zagrebelsky, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 197 ss., si veda anche C. Mezzanotte, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, ivi, p. 43.

⁹² Cfr. G. Silvestri, *La Corte Costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, cit., p. 8; si veda anche G. Silvestri, *Intervento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81 della costituzione*, Milano, 1993, pp. 77 e ss.; nel suo intervento l'Autore sottolinea come "l'ostinazione con cui si tenta di ricondurre le sentenze additive nell'alveo della rassicurante categoria dell'interpretazione è la riprova di una riluttanza dottrinale a prendere atto di alcune profonde trasformazioni destinate inevitabilmente a sconvolgere schemi consolidati e delimitazioni tralattizie. La fortunata metafora della legislazione a rime obbligate afferrata da molti come zattera di salvataggio nel mare agitato delle incertezze, non può farci dimenticare che, se pure la rima è obbligata, il verso può essere costruito liberamente..." . Su questa linea l'Autore giudica che "Non è casuale che i giudici costituzionali abbiano cominciato, ad un certo punto, ad interrogarsi sull'efficacia temporale delle loro sentenze, abbiano cioè ad avvertire come propri problemi normalmente riservati agli organi legislativi. La molla che ha messo in moto la tendenza della Corte a controllare in qualche modo gli effetti temporali delle proprie sentenze è la stessa che ha dato inizio alla lunga storia delle sentenze additive: la volontà di reintegrare nel modo migliore l'interesse costituzionalmente protetto posto a base della pronuncia." Sulla questione si veda anche L. Iannuccilli, *L'omissione "storica" del legislatore repubblicano e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3 ; L. Iannuccilli, *L'oggetto delle sentenze additive: lacune o norme negative? Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee*, Vilnius 2-7 Giugno, 2008, in www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni, pp. 18 e ss.

⁹³ Cfr. G. Silvestri, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, cit., p. 2.

stituzionale al fine di ripristinare l'ordine costituzionale- ricopre un ruolo più attivo che certamente non si traduce in un compito parificabile a quello del legislatore positivo ma che, tuttavia, la spinge a compiere un'attività creativa seppure "costituzionalmente obbligata"⁹⁴.

Questo tipo di attività manipolativa ha avuto inizio con l'adozione delle sentenze interpretative di rigetto e ha raggiunto il suo apice con l'adozione delle sentenze additive e sostitutive. Inoltre, la Corte non si è limitata più a disporre del contenuto delle proprie sentenze ma ha iniziato a disporre anche dei loro effetti, attraverso una manipolazione temporale degli stessi⁹⁵. La scelta di modulare gli effetti delle proprie sentenze sarebbe giustificata da una valutazione costituzionalmente necessaria⁹⁶; essa si traduce nell'opportunità di stabilire se il protrarsi dell'inerzia legislativa in caso di accoglimento secco causerebbe un danno maggiore rispetto all'opportunità di mantenere in vigore la norma incostituzionale posticipandone gli effetti caducatori in un momento successivo alla sua entrata in vigore. In tal caso, tuttavia la Consulta non può compiere valutazioni puramente discrezionali ma deve limitarsi ad adottare delle sentenze "temporalmente obbligate": cioè dettate dalla necessità di evitare che una decisione di accoglimento con effetti *ex tunc* provochi una situazione di incompatibilità ancora più grave rispetto ad una decisione di mancato accoglimento.

In alcune occasioni, come quella in esame, le decisioni della Corte si possono tradurre in considerazioni non circoscritte alla valutazione circa l'illegittimità costituzionale ma possono riguardare anche esigenze di necessità costituzionale, supportate da un giudizio di bilanciamento tra principi e diritti costituzionali che inducano la Corte a giudicare necessaria una soluzione rispetto ad un'altra.

⁹⁴ A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., pp. 257 e ss.

⁹⁵ M. Bellocci e T. Giovannetti, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria, in www.cortecostituzionale.it/studiricerche, giugno 2010, pp. 10 e ss.; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., pp. 228 e ss.; G. Silvestri, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, cit., p. 4; G. Silvestri, *Intervento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81*, cit., pp. 78 e ss.

⁹⁶ M. Bellocci e T. Giovannetti, *op. cit.*, pp. 13 e ss.; A. Cerri, *op. cit.*, 257 e ss.; L. Iannuccilli, *L'omissione "storica" del legislatore repubblicano e il ruolo della Corte costituzionale in Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 2 e ss.; L. Iannuccilli, *L'oggetto delle sentenze additive: lacune o norme negative?*, cit., pp. 18 ss.; G. Silvestri, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, cit., p. 3; G. Silvestri, *Intervento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81 della costituzione*, cit., pp. 77 e ss.

Nella sentenza n. 10 del 2015 la Corte non si è limitata a compiere una valutazione di illegittimità costituzionale ma ha fatto una valutazione di opportunità costituzionale⁹⁷, opportunità non tradottasi certamente in scelte parificabili a quelle di tipo legislativo ma che suggeriscono esclusivamente al legislatore la soluzione di merito più conforme al dettato costituzionale. Tale approccio innovativo è giustificato dal fatto che difficilmente la Corte potrebbe risolvere la q.l.c. mediante una semplice dichiarazione di incostituzionalità perché “le esigenze di giustizia costituzionale a cui la Corte deve dare risposte soddisfacenti per i cittadini”⁹⁸ rendono insufficiente una semplice dichiarazione di illegittimità costituzionale ma la obbligano ad adottare decisioni manipolative, dal punto di vista temporale o sostanziale. Tuttavia autorevole dottrina⁹⁹ ha da tempo evidenziato che la Corte Costituzionale, anche quando adotta decisioni “temporalmente manipolative”, dovrebbe operare in sede di bilanciamento muovendosi pur “sempre nell’ambito del *legal reasoning*, pur se con una varietà argomentativa che la avvicina ad un giudice di *common law*”¹⁰⁰. Con tale constatazione si intende evidenziare che la Corte non può ragionare come il legislatore, perché non è un soggetto istituzionale al quale competono valutazioni di natura discrezionale o di opportunità e tanto meno può operare come i giudici comuni, perché la Consulta è l’organo della legittimità costituzionale istituito per tutelare la superiore garanzia della rigidità costituzionale.

⁹⁷ R. Pinardi, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, cit., p. 223.

⁹⁸ G. Silvestri, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, cit., p.1.

⁹⁹ A. Cerri, *Materiali e riflessioni sulle pronunce di accoglimento datate*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 135 e ss.

¹⁰⁰ A. Cerri, *op. ult. cit.*, pp. 135 e ss.; sul punto si veda anche L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1981, pp. 513 e ss.; L. Elia, *L’esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in *La giustizia costituzionale in Europa*, a cura di M. Olivetti - T. Groppi, Milano, 2003, pp. 137 e ss.; V. Onida, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento*, cit., pp. 303 e ss.

Il Mandato di Arresto Europeo (M.A.E.) e l'incidenza delle sentenze delle Corti Europee nel Diritto Interno

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il Mandato d'Arresto Europeo: caratteristiche e funzioni - 2.1. La decisione quadro 2002/584/G.A.I. e il recepimento nell'ordinamento italiano - 2.2. La legge Italiana di attuazione n.69/2005 - 2.3. *Segue:* la "compatibilità" costituzionale del mandato d'arresto europeo - 2.4. Brevi cenni sull'attuazione della decisione quadro 2008/909/G.A.I. sul reciproco riconoscimento delle sentenze penali - 3. L'influenza della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto penale sostanziale e processuale - 4. L'incidenza delle Sentenze della Corte di Strasburgo nel diritto interno e sul Processo Penale - 5. Presupposti e limiti all'operatività della Giurisdizione Penale Internazionale; la mancanza della legge Italiana di adeguamento - 6. Conclusioni.

1. Introduzione

I programmi di cooperazione e di integrazione giudiziaria in materia penale hanno un carattere del tutto peculiare quando si fa riferimento ai rapporti tra gli Stati membri dell'Unione Europea.

Fino al 1992, invece, tali relazioni erano disciplinate da regole sostanzialmente analoghe a quelle valide per i rapporti con qualsiasi altro paese terzo.

Con il Trattato di Maastricht, istitutivo dell'Unione Europea (*entrato in vigore il 1 novembre 1993*), la cooperazione nel settore della Giustizia e degli Affari Interni (GAI) è stata inserita tra le materie di interesse comune e, perciò, tra gli obiettivi primari dell'Unione.

Successivamente, con il Trattato di Amsterdam del 1997, è stata definitivamente superata la concezione esclusivamente "mercantilistica" dei rapporti tra gli Stati dell'Unione Europea, dov'è eloquente la scelta di prevedere la realizzazione di uno "*spazio comune di libertà sicurezza e giustizia*" (Titolo IV, artt. 29 e seg. TUE) nell'ambito del quale le persone sono libere di spostarsi, di godere del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, di beneficiare di uguali condizioni di legalità e sicurezza e di accedere agli organi giudiziari di qualunque Stato membro per ottenere una tutela dei propri diritti e delle proprie libertà¹.

¹ A. DI STASI, *Libertà e sicurezza nello spazio giudiziario europeo: mandato di arresto europeo e "statuto" dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *Dir. comunitario*, 2007, 4, 660.

L'impianto normativo generale dell'Unione europea è tuttora caratterizzato dalla struttura cosiddetta dei *"tre pilastri"*, con la netta differenziazione tra le materie del primo pilastro, per le quali opera il sistema comunitario, con la conseguente possibilità per le istituzioni di adottare atti normativi direttamente vincolanti per i singoli Stati membri, e le materie del secondo e terzo Pilastro per le quali continua a valere il *"sistema intergovernativo"*, per cui gli atti emanati dagli organi dell'Unione – in specie le *decisioni quadro* – vincolano *"quanto al risultato da ottenere"*, facendo salva la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma ed ai mezzi da impiegare per la realizzazione di quel risultato (art. 34 n.2 lett. b) TUE). In questa sede, per così dire introduttiva, va posto in risalto come l'attività dell'interprete delle norme nazionali penalprocessuali, sarà sempre maggiormente condizionata dagli sviluppi di questo percorso tendente ad agevolare la cooperazione tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati, atte a favorire una integrazione degli ordinamenti penali interni.

E' innegabile, infatti, che il ripetuto intervento del Consiglio dell'Unione europea in questo settore, concretizzatosi nell'adozione di una serie di atti concernenti non solo l'istituzione di organi ed il funzionamento di strumenti della cooperazione giudiziaria, ma anche direttamente la disciplina di altri istituti propri del processo penale, ha mutato in maniera significativa i parametri normativi di riferimento, tanto da indurre gli studiosi a ritenere di poter già raffigurare le linee guida di un futuro autonomo sistema penale europeo, con un *Corpus* nel quale, ad esempio la tutela dei diritti umani possa costituire, nel rispetto delle particolarità dei singoli ordinamenti, il denominatore comune di nuove norme e strutture giudiziarie².

Ad ogni modo, la contrapposizione tra le spinte europeistiche e le tradizioni penalistiche nazionali, porta con sé l'inevitabile necessità di fissare obiettivi e di valorizzare strumenti che altro non sono se non il frutto di continui compromessi.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, per tanti anni considerata dagli studiosi del processo penale poco più di uno *"sbiadito"* atto di normazione internazionale, privo di una reale forza precettiva, negli ultimi anni ha acquistato una valenza capace di indirizzare in maniera determinante le scelte esegetiche in materia.

Sarebbe semplicistico affermare che ciò sia dipeso solo da un rinnovato entusiasmo verso i progetti di unificazione europea, in quanto vi

² G.M. FLICK, *Globalizzazione e diritti umani*, in *Jus*, 2000, p.180.

sono specifici fattori - *tecnico-giuridici* - che possono spiegare questo mutamento.

Innanzitutto va osservato come, nell'intento di codificare i diritti fondamentali nell'Unione Europea, la Convenzione europea, sottoscritta nel lontano 1950, ha rappresentato un fondamentale punto di partenza; Non è casuale che sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di Nizza del 2000, che nel Trattato istitutivo della Costituzione Europea del 2004, le nuove disposizioni concernenti i diritti di libertà nel settore della giustizia siano, in buona parte, una mera riproduzione di quelle della Convenzione della metà del secolo scorso³.

E se i due atti internazionali appena citati non hanno ancora acquistato una forza giuridica vincolante, preme evidenziare la circostanza che nel Trattato istitutivo dell'Unione Europea sia già stato espressamente previsto che la stessa Unione si fonda sul rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione del 1950; Il tutto in adempimento dei principi generali del diritto comunitario, con la conseguenza che - *in una visione unitaria del patrimonio costituzionale europeo*⁴ - ogni violazione di quei diritti fondamentali, come definiti dalla Convenzione europea e dai suoi Protocolli, integra una violazione del Trattato medesimo.

L'articolato intreccio, venutosi a formare tra gli ordinamenti sovranazionali è stato, inoltre, condizionato, da un lato, dalla giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia delle Comunità europee, sempre più frequentemente interessata a sindacare la conformità comunitaria delle norme interne alla luce di quei diritti fondamentali⁵; e dall'accresciuta influenza delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle scelte del legislatore nazionale, che hanno portato - a voler richiamare solo i casi più clamorosi - all'adeguamento della disciplina costituzionale e processuale del "*giusto processo*" ed alla "*riscrittura*" delle norme sulla restituzione dei termini per rendere tali regole compatibili con le soluzioni interpretative dettate dalla Corte di Strasburgo.

Vale qui la pena di anticipare come ci si stia ormai orientando a porre in discussione il principio dell'intangibilità del giudicato penale, riconoscendo alle sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo un'efficacia diretta nel nostro ordinamento, fondata sull'obbligo assunto dal-

³ E. APRILE, *Diritto Processuale Penale Europeo e Internazionale*, CEDAM Milano 2007, p.8.

⁴ Definizione sulla quale v. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino, Bologna, 2002.

⁵ Evidenza tale aspetto U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e progetto di Convenzione Europea*, in *Dir. Unione eur.* 2004, p.75.

l'Italia di adottare – mediante tutti i suoi organi, giurisdizionali – ogni misura atta ad eliminare le conseguenze di una accertata violazione della Convenzione⁶.

Così l'Europa, pur senza sostituirsi "allo Stato nell'amministrazione della giustizia per il singolo caso", incide sull'operato dei giudici penali nazionali riconoscendo "ai singoli una serie di diritti e detta regole di organizzazione e di funzionamento rivolte agli stessi Stati"⁷ attraverso una copiosa attività normativa e giurisprudenziale.

Oggi, il fine precipuo diventa quello di tentare di conciliare le esigenze connesse alla realizzazione di un reale spazio europeo di giustizia, sicurezza e libertà⁸, con il bisogno di non rinunciare alle garanzie legalitarie che costituiscono un'irrinunciabile conquista della cultura giuridica occidentale⁹.

2. Il Mandato d'Arresto Europeo: caratteristiche e funzioni

Gli strumenti di cooperazione internazionale, progressivamente affermatasi nell'ambito dell'Unione Europea, basati sul riconoscimento di una "particolare fiducia reciproca nei rispettivi ordinamenti giuridici" e sempre più ispirati al principio del mutuo riconoscimento, sono fondamentalmente declinati su un paradigma che tende a superare l'istituto dell'estradizione¹⁰.

In questa prospettiva, il mandato di arresto europeo (M.A.E.) delinea un modello di cooperazione tra i 27 Stati dell'Unione europea radicalmente innovativo, che – appunto sulla base di una *confiance mutuelle* – supera il tradizionale sistema di estradizione convenzionale con un meccanismo semplificato di arresto e consegna delle persone ricercate, perché condannate in via definitiva, ovvero perché nei loro confronti è stata, o deve essere, esercitata l'azione penale¹¹.

⁶ Cass. Sez. I, 18 maggio 2006, Somogy, in *Dir. e giust.*, 2006, n.48, p.51; Cass. Sez. I, 22 settembre 2005, Cat Berro, in *Giur. It.*, 2006, p.1935.

⁷ A. GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in *Procedura Penale e garanzie europee*, a cura di A. GAITO, Utet, Torino, 2006, p.2.

⁸ ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, II edizione, Milano, 2005, p. 13

⁹ A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ecom.*, 2002, p.830.

¹⁰ DI MARTINO – NOTARO – VALLINI, in AA. VV., *Il mandato di arresto europeo*, a cura di CHIAVARIO - DE FRANCESCO – MANZIONE – MARZADURI, Torino, 2006.

¹¹ BARGIS M., *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione in Pol. Dir.*, a. XXXV, n. 1, marzo 2004, p. 50 e ss.

Con la decisione quadro 2002/584/GAI, come è ben noto, gli Stati membri hanno sostituito, nei loro rapporti reciproci, la procedura di estradizione prevista da più convenzioni internazionali¹² con un sistema semplificato, diretto alla consegna da uno Stato membro (di esecuzione) ad un altro (di emissione) di soggetti da sottoporre a giudizio ovvero già condannati e che devono espiare una pena detentiva.

Nella decisione quadro si chiarisce che la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, impone la soppressione dell'extradizione tra gli Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie, e che tale decisione si fonda su di un elevato grado di fiducia tra gli Stati membri, sul presupposto dell'omogeneità di sistemi giuridici e sulla garanzia equivalente dei diritti fondamentali¹³.

In effetti, l'introduzione del nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o imputate, consente, in breve, di eliminare la complessità e i potenziali ritardi inerenti alla disciplina dell'extradizione: in quest'ottica, anche la Corte Costituzionale ha rilevato che *"Il mandato di arresto europeo poggia sul principio dell'immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giurisdizionale(...) e che lo stesso, a differenza dell'extradizione, non postula alcun rapporto intergovernativo, ma si fonda sui rapporti diretti tra le varie autorità giurisdizionali dei Paesi membri, con l'introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate"*¹⁴.

In tale originale strumento di cooperazione, le connotazioni proprie del modello estradizionale vengono sostanzialmente rovesciate, poiché i soggetti del rapporto di collaborazione non sono più gli Stati, ma le autorità giudiziarie, e la stessa nozione di estradizione risulta sostituita dalla nozione di consegna, mentre la domanda di estradizione, trasmessa dall'autorità di governo attraverso canali diplomatici o amministrativi,

¹² La decisione quadro 2002/584/GAI è infatti sostitutiva (art.31) di tutte le convenzioni in materia di estradizione precedentemente concluse fra gli Stati membri, e tra queste la *Convenzione europea di estradizione*, del 13 dicembre 1957; l'*Accordo tra gli stati membri delle Comunità europee sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasmissione delle domande di estradizione*, del 26 maggio 1989; la *Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra Stati membri dell'Unione Europea*, del 10 marzo 1995; la *Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea*, del 27 settembre 1996.

¹³ Un ampio quadro critico sulla genesi e sui presupposti sostanziali su cui si fonda l'adozione della decisione quadro sul MAE, così come sulla portata delle relative scelte di fondo (ed in specie della deroga alla regola della doppia punibilità), è offerto, nella dottrina italiana, da S. MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in RIDPP, 2004, 789 ss.

¹⁴ Cfr. Corte Costituzionale sent. n.143 del 2008.

viene rimpiazzata dalla circolazione di un ordine europeo, o eurordinanza, emessa dall'autorità giudiziaria e quindi interamente riconducibile agli atti di esercizio del potere giurisdizionale.

Nello specifico, ed in estrema sintesi, gli elementi essenziali della procedura del MAE sono dunque rappresentati: a) dall'instaurazione di relazioni dirette tra le autorità di emissione e autorità di esecuzione dell'eurodinanza; b) dalla previsione di un *numerus classus* di motivi di rifiuto obbligatori e facoltativi; c) dalla sostanziale scomparsa del controllo sulla doppia incriminazione – omaggio del principio della bilateralità della previsione legale – in relazione ad un ampio catalogo di fattispecie criminose individuate dall'art.2, n.2 della decisione quadro; d) dalla rapidità e certezza della fase di esecuzione del mandato di arresto europeo, attraverso la predeterminazione di termini massimi per la decisione sulla consegna e per il successivo trasferimento della persona.

Quanto allo strumento normativo europeo con il quale il MAE è stato introdotto – appunto la decisione quadro – la stessa Corte di giustizia delle Comunità europee (ora Corte di Giustizia dell'Unione Europea) ne ha chiarito gli effetti, esplicitando anzitutto, l'obbligo di interpretazione conforme al diritto interno alla lettere della decisione quadro¹⁵, confermandone la validità¹⁶.

2.1 La decisione quadro 2002/584/G.A.I. e il recepimento nell'ordinamento italiano

All'esame del mandato di arresto europeo occorre dedicare un più ampio approfondimento, perché rappresenta il risultato di maggiore rilievo nel lento processo di integrazione dei sistemi giudiziari penali all'interno dell'Unione europea, ma anche perché si tratta di uno dei pochi istituti per i quali la disciplina della decisione quadro in esame è stata recepita, oltre che negli Stati membri, anche in Italia con una legge la cui applicazione ha già dato luogo a non pochi dubbi esegetici¹⁷.

Nell'ordinamento italiano, alla decisione quadro 2002/584/GAI si è data attuazione mediante la legge 22 aprile 2005, n.69 (*recante appunto Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro*

¹⁵ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*.

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*; Cfr. anche Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*; 17 luglio 2008 C-66/08, *Kozłowsky*.

¹⁷ E. APRILE, *Diritto Processuale Penale Europeo e Internazionale*, CEDAM Milano 2007, p.60.

2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri)¹⁸.

Rispetto alla disciplina di armonizzazione delineata in sede europea, la normativa di attuazione ha introdotto meccanismi di controllo (e rifiuto) di consegna molto rigorosi, specie attraverso l'introduzione di diverse tipologie di condizioni ostative¹⁹.

In questa direzione si segnala, in particolare, il rilievo attribuito ad alcune situazioni, processuali o di fatto, non previste dalla decisione quadro, in cui la Corte d'Appello, quale organo competente per la procedura passiva di consegna, è obbligata a rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro dell'U.E. [ad es. l'art. 1 co.3 e l'art.8 co.3, nonché l'art. 18, co.1 lett. b), lett. c), lett. e), lett. s), lett. t), l.n. 69/2005].

Il legislatore interno, ponendo in essere un punto fermo dell'istituto di cui all'esame, ha scelto di subordinare la consegna alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, secondo la previsione dell'art.17 co.4 l. n.69/2005, introducendo una condizione non menzionata dalla decisione quadro e divergente anche dai tradizionali principi del diritto estradizionale convenzionale²⁰.

I conseguenti profili di asimmetria – o di vero e proprio contrasto – tra la legge di attuazione e la decisione quadro “originante” hanno dato vita, peraltro, a numerose pronunce da parte della Corte di Cassazione²¹, che è intervenuta per ridurre le divergenze mediante lo strumento dell'interpretazione conforme al diritto U.E. sul requisito dei gravi indizi di colpevolezza²²,

¹⁸ M. PANEBIANCO, *L'approvazione parlamentare del mandato d'arresto europeo*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di M. PEDRAZZI, Milano, 2004.

¹⁹ L. KALB, *Il consenso alla consegna*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, a cura di L. KALB, Milano, 2005, 285; M. R. MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo*, in Enc. Dir., Annali, II, 2008, 540.

²⁰ E. ROSI, *L'elenco dei reati nella decisione – quadro sul mandato d'arresto europeo: l'Unione europea lancia il cuore oltre l'ostacolo in Acuna E.R.* (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo e l'estradiizione*, CEDAM, Padova, 2004, p. 74.

²¹ Per una più ampia rassegna sui principali orientamenti della Cassazione, si rinvia alla redazione a cura dell'Ufficio del massimario e del ruolo (*Servizio Penale*) della Corte di Cassazione, dedicato ai *Rapporti giurisdizionali con Autorità Straniere* ed al *Mandato di arresto europeo* (Rel. N.28/08 sexies); ulteriori richiami di recente, in G. DE AMICIS, voce *Mandato d'arresto europeo*, Libro dell'anno – Treccani 2011.

²² Al riguardo, la Corte di Cassazione (Sez. Un., 30 gennaio 2007, n.4614, in Cass. Pen., 2007, 1911 ss.) ha accolto la posizione in base alla quale si ritiene sufficiente un controllo limitato alla verifica che il mandato d'arresto emesso all'estero, per il suo intrinseco contenuto o per gli altri elementi raccolti in sede investigativa o processuale, sia fondato su un compendio indiziario ritenuto dall'autorità giudiziaria emittente seriamente evocati-

sul requisito della motivazione del titolo di arresto²³, ovvero ancora in relazione all'espresso motivo di rifiuto della consegna nell'ipotesi in cui la legislazione dello Stato membro emittente non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva [art. 18 lett. e), l. n.69/2005].

E' stato escluso che possa costituire causa ostativa alla consegna l'assenza della relazione sui fatti addebitati previsti dall'art.6, co.4 lett. a) della legge sopra citata, qualora vengano ritenute sufficienti, ai fini della valutazione del requisito previsto dall'art. 17, co.4 (*sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza*), le indicazioni esplicitate nel M.A.E., ovvero in altri atti ad esso equipollenti.

Al riguardo, sempre la giurisprudenza di legittimità, ha chiarito che non ogni minima lacuna del M.A.E. può determinare il rifiuto alla consegna, spettando all'autorità giudiziaria stabilire se tale lacuna possa considerarsi effettivamente ostativa, mediante congrua motivazione.

Ciò che rileva è che l'oggetto della domanda non appaia "incerto" e che lo Stato di emissione abbia offerto tutti gli elementi utili per esercitare il suo controllo.

Infine, per quanto riguarda il rilievo delle garanzie processuali sul giusto processo, le Sezioni Unite²⁴ hanno circoscritto in via generale l'incidenza delle clausole di salvaguardia dei principi costituzionali nazionali, contenute nella legge attuativa, ai soli principi "comuni" di cui all'art. 6 TUE.

In tale prospettiva, si è rimarcata l'esigenza del rispetto dei canoni del giusto processo, così come definiti dalle carte sovranazionali, ed in

vo di un fatto-reato commesso dalla persona di cui si richiede la consegna. In altri termini, il M.A.E. deve necessariamente fondarsi su "gravi indizi di colpevolezza", che devono essere tuttavia soltanto "riconoscibili" dall'autorità giudiziaria italiana, spettando invece all'autorità emittente ogni tipo di valutazione sulla loro consistenza e forza probatoria; Inoltre, sotto questo profilo, in particolare, l'interpretazione accolta dalla giurisprudenza di legittimità ha ritenuto compatibili con il nostro ordinamento – e con il dettato dell'art. 13 Cost., ove si prevede che la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva – non soltanto quegli ordinamenti giuridici in cui sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, ma anche quelli in cui siano comunque previsti specifici meccanismi processuali che comportino, secondo cadenze cronologicamente prefissate, un controllo giurisdizionale sulla necessità della custodia cautelare, funzionale alla sua legittima prosecuzione, ovvero alla sua immediata cessazione. (tale orientamento appare ormai consolidato: Cass. Sez. F., 24 agosto 2010 n.32381).

²³ Ancora le Sezioni Unite, al riguardo, hanno escluso che esso debba essere strettamente parametrato alla nozione ricavabile dalla tradizione giuridica italiana, ritenendo sufficiente che l'autorità di emissione abbia dato "ragione" del mandato di arresto, anche solo attraverso una puntuale allegazione delle evidenze fattuali (Cass. Sez. Un., 30 gennaio 2007, n° 4614).

²⁴ V. *Infra*, Cass. Sez. Un., 30 gennaio 2007, n° 4614.

particolare di quelli enunciati nell'art. 6 CEDU ai quali espressamente si riferisce l'attuale formulazione dell'art. 111 Cost.²⁵.

2.2 La legge Italiana di attuazione n.69/2005

L'attuazione del mandato d'arresto europeo (M.A.E.), nell'ordinamento italiano, è avvenuta tardivamente, all'esito di un tormentato iter parlamentare²⁶, segnato da numerosi dubbi e perplessità anche di rilievo costituzionale, con la l. 22 aprile 2005, n. 69, recante "*disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*"²⁷.

Tale ritardo, oltre che da pregiudizi, è stato causato da una serie di perplessità di natura costituzionale, sorte circa la compatibilità di un siffatto istituto processuale con alcuni principi basilari del nostro ordinamento giuridico²⁸.

In particolare, si è discusso sulla compatibilità della decisione quadro con l'art. 26 Cost., nella parte in cui prevede che l'estradizione del cittadino italiano sia possibile solo quando sia espressamente prevista da convenzioni internazionali (vietata per i reati politici)²⁹.

Tuttavia si tratta di perplessità facilmente superabili, tenuto conto del fatto che la decisione quadro summenzionata, è stata adottata nell'ambito dell'operatività di quella speciale convenzione internazionale che è il Trattato istitutivo dell'Unione Europea (*esegesi adeguatrice che, significativamente, non è stata possibile adottare in Germania e in Polonia posto che*

²⁵ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008, IX edizione, p. 900. (Sul punto si veda anche Capitolo IV, paragrafo 2).

²⁶ V. CAIANELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo*, in Cass. pen., 2002, p. 462 e ss.

²⁷ F. SPEZIA, *Crimine transazionale e procedure di cooperazione giudiziaria. Fonti normative, soggetti e rapporti giurisdizionali con le autorità straniere in I libri di Guida al diritto*, Il sole 24 ore Pirola, Milano, 2006, p. 248.

²⁸ Tema sul quale, cfr., tra i molti scritti, AA.VV., *Il Mandato d'arresto europeo*, a cura di G. PANSINI e A. SCALFATI, JOVENE, Napoli, 2005; DALIA, *L'adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, a cura di L. KALB, Giuffrè, Milano, 2005, p.1; G. IUZZOLINO, *Mandato di arresto europeo e garanzie costituzionali*, in *Il giusto processo*, 2002, p.173; ID., *Il mandato di arresto europeo*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006, p.3 ss; M. TIBERI, *Mandato di arresto europeo*, cit., p.852; G. VASSALLI- V. CAIANELLO, *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in Cass. Pen., 2002, p.462.

²⁹ E. APRILE, *Diritto Processuale Penale Europeo e Internazionale*, CEDAM Milano 2007.

*le relative Corti fondamentali vietano in assoluto l'estradabilità dei cittadini).*³⁰

La complessa trama normativa delineata dalla legge di attuazione, si completa con la dichiarazione unilaterale presentata ai sensi dell'art. 32 della decisione quadro, in base alla quale l'Italia continuerà ad applicare le convenzioni in materia di estradizione nella esecuzione dei mandati di arresto europeo emessi in altri Stati membri, per i reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della decisione quadro³¹, ossia il 7 agosto 2002³².

Ad ogni modo, oggi, il mandato d'arresto europeo costituisce l'unico strumento del mutuo riconoscimento ad essere stato recepito nell'ambito dell'ordinamento italiano.

Le considerazioni sinora espresse e quelle che seguiranno, si fondano essenzialmente sull'analisi delle problematiche e dei dati di esperienza legati all'attuazione ed al funzionamento della nuova procedura di consegna all'interno dell'ordinamento italiano.

Occorre, tuttavia, porre in rilievo che l'attuale limitazione dello scenario normativo, sembra destinata ad una prossima evoluzione in senso ampliativo, legata all'entrata in vigore della L. 25 febbraio 2008, n. 34, recante *"disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee"* (Legge comunitaria 2007).

L'art. 28, comma 1, contiene, infatti, una delega al Governo per adottare, entro il termine di dodici mesi dalla sua entrata in vigore, una serie di decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione ad una serie di importanti decisioni quadro, tra le quali figurano soprattutto: a) la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio; b) la decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie.

Nei successivi artt. 30 e 32 della L. n. 34/2008, inoltre, sono stati specificamente indicati i principi e i criteri direttivi in base ai quali il Governo è tenuto ad adottare i decreti legislativi di attuazione, delle su citate decisioni quadro in tema di mutuo riconoscimento, in modo da coordi-

³⁰ Cfr. P. BALBO, *Il mandato d'arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2005, p.28; J.P. PIERINI, *Il mandato di arresto europeo alla prova del Bundesverfassungsgericht tedesco: "schiaffo" all'Europa o cura negligente dei diritti del nazionale da parte del legislatore?*, in Cass. Pen., 2006, p.237.

³¹ P. GUALTIERI, *I reati perseguibili con il mandato d'arresto europeo*, cit., p. 50 ss.

³² L. PICOTTI, *Il campo di applicazione del mandato d'arresto europeo*, in BARGIS M., SELVAGGI E. (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, GIAPPICHELLI, Torino, 2005, p. 137 e ss.

narle con le altre disposizioni normative vigenti nell'ordinamento.

Come si è avuto modo di precisare nelle considerazioni innanzi riportate, l'intera normativa di riferimento ha creato non pochi dubbi interpretativi, in relazione alla compatibilità che il M.A.E può avere con la nostra carta costituzionale.

2.3 Segue: la "compatibilità" costituzionale del mandato d'arresto europeo

L'ampio dibattito apertosi, non solo in sede parlamentare ma anche sul piano della riflessione dottrinale, in occasione dei lavori che hanno preceduto la messa a punto e l'entrata in vigore della L. n. 69/2005, è stato fortemente condizionato da una serie di preoccupazioni legate a possibili contrasti tra il cd. "euro-mandato" ed alcuni principi costituzionali³³.

I rilievi formulati, infatti, riguardavano soprattutto, la necessità di tenere conto:

- a) della natura politica del reato ai fini della consegna, in relazione agli artt. 10 e 26 della Costituzione;
- b) dell'esigenza di evitare che il venir meno della "doppia incriminazione" si traducesse in una serie di violazioni di principi costituzionali, e segnatamente di quelli di eguaglianza, di legalità e di difesa (artt. 3, 24 e 25 Cost.)³⁴;
- c) dell'esigenza di evitare che un eventuale allargamento dell'area di applicazione dell'euro-mandato non si ponesse in contrasto con la riserva di legge costituzionale in materia penale (art. 25 Cost.)³⁵.

Le perplessità e i dubbi così manifestati sono stati ritenuti, tuttavia, ampiamente superabili, tenendo conto del fatto che il tradizionale requisito della doppia incriminazione³⁶, nell'ambito della nuova procedura di

³³ L. PICOTTI, *Il campo di applicazione del mandato d'arresto europeo*, cit.

³⁴ PICOTTI, *Il mandato di arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in AA. VV., *Mandato d'arresto europeo*, a cura di BARGIS – SELVAGGI, Torino, 2005.

³⁵ In linea generale cfr., soprattutto, V. CAIANELLO – G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 462. Per un sostanziale ridimensionamento di tali critiche v., tuttavia, le osservazioni di: A. CASSESE, *Il recepimento da parte italiana della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1565 s.; V. GREVI, *Il mandato d'arresto europeo tra ambiguità politiche e attuazione legislativa*, cit., p. 119 s.; M. BARGIS, *Il mandato d'arresto: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2423; E. SELVAGGI – O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 457.

³⁶ A. MAMBRIANI, *Il mandato d'arresto europeo. Adeguamento dell'ordinamento italiano e diritti della persona*, in PEDRAZZI M. (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 84; A. BARZETTA, *I principi di specialità e doppia incriminazione: loro rivisitazione nel mandato d'arresto europeo*, *ibidem*, p. 109.

consegna, non viene propriamente eliminato, ma costituisce, invece, il presupposto sulla base di una valutazione già effettuata *ex ante*, poiché le varie fattispecie, elencate nella lista di cui all'art. 2, par. 2 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, costituiscono ipotesi criminose in ciascuno degli ordinamenti degli Stati membri³⁷.

Al riguardo, infatti, si è osservato non solo che il principio della doppia incriminazione non ha mai ricevuto diretta copertura costituzionale, ma che il legislatore comunitario ha riconosciuto l'esistenza di un'analoga valutazione operata dagli ordinamenti degli Stati membri e di un sufficiente quadro di convergenza nella descrizione dei relativi elementi costitutivi, in modo da garantire un soddisfacente livello di determinatezza nella costruzione delle varie ipotesi di reato³⁸.

Inoltre, nessuno dei reati elencati nella decisione quadro può essere considerato oggettivamente politico e tale non è, comunque, alcuno dei trentadue reati per i quali l'art. 2 della decisione quadro stabilisce la nuova regola dell'automaticità nella consegna del ricercato³⁹.

Nella stessa prospettiva, del resto, il contenuto della clausola di non discriminazione accolta nel *considerandum* n. 12 della decisione quadro, è stato ritenuto ampiamente sufficiente per evitare eventuali rischi di strumentalizzazione o manipolazione politica del mandato d'arresto europeo, consentendo di rifiutare la consegna qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa delle sue opinioni politiche⁴⁰.

Si è, infine, replicato che anche nella materia estradizionale, considerate le preminenti finalità di cooperazione tra Stati (*che essa da sempre intende soddisfare*), si prescinde, ai fini dell'emissione del provvedimento cautelare restrittivo della libertà personale, dalla considerazione dei limiti di pena previsti dall'art. 280 c.p.p. per l'applicabilità delle misure cautelari personali.

³⁷ Cfr., in particolare, E. SELVAGGI – O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, cit., p. 445 ss.

³⁸ Al riguardo in dottrina si è significativamente sostenuto che con questa decisione quadro vi è stato "il passaggio dalla cooperazione tra governi alla cooperazione tra autorità giurisdizionali" E. SELVAGGI, *Cooperazione giudiziaria europea: dall'extradizione al mandato di arresto europeo*, in *www.cosmag.it*.

³⁹ Il campo di applicazione del mandato di arresto europeo: i reati "in lista" e "fuori lista" e la disciplina italiana di attuazione, in M. BARGIS e E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo, dall'extradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli 2005, p. 127.

⁴⁰ M. PANEBIANCO, *Il mandato d'arresto europeo e l'esecuzione della decisione quadro del 13 giugno 2002 nell'ordinamento italiano*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3/2003, p. 580 e ss.

Tutti i Paesi membri dell'U.E., comunque, sono vincolati in linea generale al rispetto del principio di legalità nell'adozione delle misure coercitive ex art. 5, comma 1, lett. c), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴¹.

Dunque, nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo, una persona viene assoggettata ad una misura restrittiva della libertà personale non direttamente in forza del provvedimento straniero, ma a seguito di un provvedimento interno, avverso il quale è comunque ammesso il ricorso per cassazione in conformità al principio di cui all'art. 111 Cost⁴².

2.4 L'attuazione della decisione quadro 2008/909/G.A.I. sul reciproco riconoscimento delle sentenze penali

L'innovativo "prototipo" di cooperazione varato con il mandato d'arresto europeo, ha inaugurato una serie di strumenti normativi che hanno declinato il principio del mutuo riconoscimento nei più diversi settori della cooperazione giudiziaria in materia penale, avvicinando lo "spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" ad un'area di libera circolazione dei provvedimenti giudiziari⁴³, nel cui perimetro la pronuncia di un'autorità giudiziaria di uno Stato viene riconosciuta negli ordinamenti degli altri Stati membri, e può essere eseguita sul loro territorio senza che sia necessario fare ricorso alle procedure di conversione di un corrispondente titolo giudiziario⁴⁴.

In tale prospettiva, deve quanto meno segnalarsi la normativa con cui l'Italia ha dato attuazione alla *Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 sul reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative delle libertà personale ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea*, "nei limiti in cui tali disposizioni non sono incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali nonché in tema di diritti di libertà e giusto processo"⁴⁵.

⁴¹ G. DE AMICIS, *L'attuazione del mandato d'arresto europeo negli altri Stati membri dell'UE*, cit.

⁴² L. PICOTTI, *Il campo di applicazione del mandato d'arresto europeo*, cit., p. 151.

⁴³ Cfr. criticata nel nostro ordinamento dalla dottrina (V. CAIANELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo*, in Cass. pen. 2002, p. 462 e ss.; A. CASSESE, *Il recepimento da parte italiana della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in Dir. pen. proc., 2002, p. 1565 e ss.

⁴⁴ D. RINOLDI, *Lo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, in *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 318.

⁴⁵ E. APRILE, *Diritto Processuale Penale Europeo e Internazionale*, CEDAM Milano 2007, p. 106.

In forza di questa disciplina, lo Stato italiano può chiedere ad un altro Stato aderente all'Unione europea, l'esecuzione, previo riconoscimento, di una propria sentenza se ciò favorisce il reinserimento sociale del condannato, se quest'ultimo si trovi nel territorio dello Stato italiano o di quello richiesto, se vi sia il consenso dell'interessato⁴⁶.

Analogamente, allo Stato italiano potrà essere richiesto del riconoscimento di una sentenza di un altro Stato europeo, allorché naturalmente sussista un qualche collegamento – *indicato nella legge* – tra il condannato e il nostro Stato⁴⁷.

Su tali basi, l'autorità giudiziaria italiana darà seguito alla richiesta disponendo l'eventuale "*adattamento*" della disciplina italiana e sempre che non sussistano cause di assoluta incompatibilità o cause che renderebbero la pena non eseguibile in Italia⁴⁸ (*quali, ad esempio, l'intervenuta prescrizione ai sensi della legislazione interna, ovvero la sussistenza di una immunità o di una ipotesi di non imputabilità legata alla minore età ecc.*).

3. L'influenza della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto penale sostanziale e processuale

I Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europea, attribuiscono alla Corte di giustizia di Lussemburgo, la funzione di garantire "*il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato*".

Tale funzione, si manifesta nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali sul rispetto della legalità da parte delle istituzioni comunitarie, sia in via diretta (*giudicando sui ricorsi per infrazione avanzati da privati e soggetti pubblici ex art. 230 TCE*) che in via indiretta, giudicando sulla validità ed interpretazione delle norme del diritto comunitario⁴⁹.

Sarebbe fin troppo banale sottolineare che la Corte di giustizia, nel

⁴⁶ P. GAETA e V. MANESE, *L'estradizione, il mandato di detenzione europea e altre forme di cooperazione in materia penale*, Lisbona 16 novembre 2012 "*quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte Costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte Costituzionale portoghese*".

⁴⁷ S. MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in Riv. It. Dir. e proc. pen., 2004, p. 788 e ss.

⁴⁸ L. SALAZAR, *Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, cit., p. 1040 e ss.

⁴⁹ F. PRATO, *Lo stato dell'attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo nei diversi Paesi europei e le prospettive del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, Relazione nell'ambito del seminario internazionale A.G.I.S. su "Attuazione del mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali"*, organizzato dal CSM in Roma, 4-6 aprile 2005, p. 7 (consultabile sul sito intranet del CSM: www.consmag.it).

suo operato, non eserciti propriamente una funzione giurisdizionale penale; Tuttavia, le pronunce della Corte di giustizia, tanto emesse in sede di interpretazione pregiudiziale quanto in sede di conflitti tra istituzioni comunitarie e singoli Stati, possono fornire un contributo decisivo alla creazione di un nuovo diritto penale, sostanziale e processuale, di rilevanza europea⁵⁰.

Il principio innanzi tracciato, rappresenta il fulcro di un criterio essenziale, secondo il quale i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare o a ridurre la portata applicativa delle norme penali statali, laddove le stesse si pongano direttamente in contrasto con disposizioni comunitarie⁵¹.

Tale regola ermeneutica è utilizzabile con riferimento alle norme comunitarie direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali, cioè quelle contenute nei regolamenti o nelle direttive cosiddette *self-executing*, suscettibili di diretta esecuzione, dunque atti normativi emessi dalle istituzioni comunitarie in materie rientranti nell'ambito del Primo Pilastro dell'Unione europea.

Inoltre, consistente è la giurisprudenza comunitaria avente ad oggetto quelle situazioni nelle quali il giudizio della Corte ha riguardato norme di diritto comunitario – contenute in atti direttamente vincolanti nei confronti degli Stati membri – idonee a svolgere una funzione integrativa di disposizioni nazionali di diritto penale sostanziale⁵².

Ci si vuol riferire alle disposizioni incriminatrici nazionali che configurano ipotesi di “*norme in bianco*”, in cui gli elementi costitutivi della fattispecie sono desumibili ovvero definibili, in tutto o in parte, in base al contenuto di norme comunitarie⁵³.

⁵⁰ 14 S. BUZZELLI, *Il mandato d'arresto europeo e le garanzie costituzionali sul piano processuale*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS-E. SELVAGGI, Torino, 2005, .

⁵¹ Al riguardo v. A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p.809, il quale rileva come i processi di armonizzazione dei sistemi penali nazionali, riguardanti in specie l'aspetto precettivo, trovano attuazione attraverso diverse forme, tra cui quella meramente interpretativa – il diritto interno va interpretato conformemente a quello comunitario – quella integrativa – le norme penali interne vengono integrate e specificate da norme extrapenali di fonte comunitaria- ovvero quella della disapplicazione, meglio esplicitata nel testo; in tema cfr. anche M. CARTABIA-L.CHIEFFI, *Sub. Art. 11 Cost. Le limitazioni alla sovranità nel processo di integrazione europea*, in *La Costituzione italiana*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Vol. I, Utet, Torino, 2006, p. 279 ss., con ulteriori ampi riferimenti bibliografici.

⁵² G. GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in BARTONE N. (a cura di), *Diritto penale europeo*, CEDAM, Padova, 2001, p. 1 e ss.; M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 2001.

⁵³ E. APRILE, *Diritto Processuale Penale Europeo e Internazionale*, CEDAM Milano 2007, p. 107.

In questo contesto la Corte di giustizia, da un lato valorizzando la necessità di tutelare i diritti fondamentali garantiti dalle Costituzioni degli Stati membri, intesi come principi generali di diritto cui il sistema comunitario deve uniformarsi⁵⁴, dall'altro richiamando il principio della preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale confliggente⁵⁵, ha fissato una serie di limiti alla possibilità di intervento legislativo penale degli Stati membri in materie riguardanti la normativa comunitaria⁵⁶.

La curia è giunta ad affermare che gli organi comunitari, pur non potendo coniare fattispecie incriminatrici complete di tutti i loro elementi costitutivi, possono indicare la necessità che determinati 'beni' siano protetti con la sanzione penale stabilendo, inoltre, il *quantum* repressivo in modo tale da garantire un'adeguata efficacia nei confronti delle stesse disposizioni comunitarie⁵⁷.

Le valutazioni sin qui espresse, riguardanti più direttamente il rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale penale sostanziale, valgono anche per le relazioni concernenti il diritto nazionale penale processuale, avendo la Corte di giustizia chiarito che il giudice nazionale deve sottoporre anche gli istituti del processo penale ad un *test* comunitario di effettività e non discriminazione rispetto alle azioni previste per la tutela delle posizioni giuridiche previste dal diritto nazionale⁵⁸; Sindacato all'esito del quale il giudice nazionale può decidere di disapplicare la norma processuale nazionale laddove dovesse essere necessario per garantire la piena tutela dei diritti dei singoli⁵⁹.

Tali affermazioni trovano riferimento in precedenti risalenti nel tempo, che hanno costituito per gli studiosi altrettanti *leader cases*.

Ben nota appare la sentenza degli anni Settanta con la quale la Corte di Lussemburgo asserì, per la prima volta, che "*l'efficacia del diritto co-*

⁵⁴ Così in Corte giust. CE, 14 maggio 1975, C-4/73, *Nold*. Sull'argomento, per la dottrina cfr. da ultimo L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, Giappichelli, Torino, 2003; N. NAPOLETANO, *La nozione di "campo di applicazione del diritto comunitario" nell'ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Unione eur.*, 2004, p. 679.

⁵⁵ Corte giust. CE, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*.

⁵⁶ G. CONTE, *Verso una prima soglia concreta di un diritto penale europeo* in PEDRAZZI M. (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Giuffrè, Milano, 2004.

⁵⁷ V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani*, in AA. VV. *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, p. 60 ss.

⁵⁸ Corte giust. CE, 27 giugno 2000, C-240-244/98, *Oceano Grupo Editorial*.

⁵⁹ In tema v. S. RIONDATO, *Profili processual-penalistici di influenza del diritto comunitario*, in *Riv. Trim. dir. pen. Econ.*, 2004, p. 1122 ss.

munitario non può variare a seconda dei diversi settori del diritto nazionale nei quali esso può spiegare effetti”, talché neppure il diritto processuale penale è esente da tale influenza, non potendo rappresentare una riserva nella quale sia intangibile la sovranità degli Stati membri.

Questo principio venne enunciato in un caso in cui la Corte di giustizia, rilevato che il ricorrente era stato condannato con una sentenza emessa sulla base di un atto legislativo interno riconosciuto contrario alle norme del diritto comunitario, indicò la stessa condanna come incompatibile con la disciplina sovranazionale e, dunque, sentenza disapplicabile ovvero non eseguibile, laddove pure fosse passata in giudicato⁶⁰.

E' evidente come tale nuova impostazione giurisprudenziale costituisca una forma di ampliamento dei compiti che i Giudici di Lussemburgo si attribuiscono, reputando essi di poter controllare se i diritti fondamentali in materia di libertà e giusto processo siano stati o meno rispettati nei processi penali nei quali l'autorità giudiziaria nazionale avesse operato un'applicazione, diretta o indiretta, di norme di diritto comunitario⁶¹.

E' perciò sufficiente – *perché possa attuarsi questa innovativa forma di sindacato* – che vi sia un elemento di collegamento tra il diritto nazionale e quello comunitario⁶².

Sono cinque le ipotesi in cui è concretamente possibile riconoscere tale 'fattore di collegamento': qualora la normativa nazionale "sia stata adottata in esecuzione di una qualsiasi disposizione di diritto comunitario, anche nel caso in cui sia previsto per il legislatore nazionale un ampio margine di discrezionalità; nella circostanza in cui la normativa dia esecuzione in via esclusiva a disposizioni di accordi internazionali, ancorché misti, ma che incidano in un settore disciplinato dai Trattati; nel momento in cui essa viene a restringere in maniera legittima la portata di un diritto riconosciuto dall'ordinamento giuridico europeo, oppure, in funzione delle esigenze imperative invocate dallo Stato membro, impedisca o limiti l'esercizio di una libertà fondamentale del mercato; infine, quando, pur essendo stata dagli Stati membri nell'esercizio di una loro competenza esclusiva, essa (normativa nazionale) venga a restringere la portata o a ledere un diritto fondamentale incondizionato e direttamente applicabile riconosciuto e garantito da una norma adottata dal-

⁶⁰ Corte giust. CE, 16 febbraio 1978, C-88/77, *Schonenberg*.

⁶¹ P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, p. 230 ss.

⁶² Sul punto v. S. RIONDATO, *Profili processual-penalistici di influenza del diritto comunitario*, cit., p.1123.

le istituzioni europee⁶³.

Sulla base di dette coordinate, la dottrina ha rilevato come la Corte sia tornata a richiamare la sua giurisprudenza costante secondo cui, se una normativa nazionale entra nel campo di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessarie per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa Corte assicura il rispetto; Per contro, la Corte non ha tale competenza se la normativa nazionale non si colloca nell'ambito del diritto comunitario e l'oggetto della controversia non presenta alcun elemento di collegamento con una qualsiasi delle situazioni considerate dalle disposizioni del Trattato⁶⁴.

4. *L'incidenza delle Sentenze della Corte di Strasburgo nel diritto interno e sul Processo Penale*

La Corte europea dei diritti dell'uomo è composta da tanti giudici per quanti sono gli Stati che aderiscono alla Convenzione (art. 20 CEDU), eletti per sei anni, tra giureconsulti di riconosciuta competenza, dall'Assemblea permanente di quegli Stati.

Ogni ricorso può essere assegnato ad una sezione della Corte che ne esamina la ricevibilità per mezzo di un apposito comitato composto da tre giudici; il merito viene valutato dal collegio composto da sette giudici, uno dei quali è, di diritto, il giudice della nazionalità dello Stato interessato alla causa; se attinente ad una questione complessa sull'interpretazione delle norme, quando ad esempio la soluzione può porsi in contrasto con una precedente decisione o se si tratta di riesaminare una sentenza di una sezione, il ricorso può essere deciso da una sezione allargata composta da diciassette giudici (artt. 27-31 CEDU).

All'esito del procedimento, che può essere preceduto da un tentativo di regolamento amichevole tra le parti, la Corte emette una sentenza con la quale, se reputa fondato il ricorso, dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o di uno dei suoi protocolli, e condanna lo Stato, autore di quella violazione, al pagamento in favore della parte lesa di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione ex art. 41 CEDU.

⁶³ Così N. NAPOLETANO, *La nozione di campo di applicazione del diritto comunitario nell'ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 705.

⁶⁴ S. RIONDATO, *Il diritto comunitario non rileva se manca il collegamento specifico con il diritto penale nazionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 391.

Alla luce di tale doverosa premessa, può ritenersi che la Corte europea non esercita una giurisdizione penale, e tanto meno verifica la legittimità di una norma interna rispetto ai principi fissati dalla Convenzione, dalle cui norme non può, di certo, evincersi un compiuto modello di processo penale europeo; il suo compito è quello di sindacare il modo concreto nel quale una disposizione nazionale viene applicata dai giudici interni e se il suo risultato integri o meno la violazione di quei principi⁶⁵.

Tuttavia, la sentenza della Corte ha un ulteriore effetto che è quello di impegnare lo Stato parte a conformarsi al dettato della pronuncia obbligandolo ad adottare ogni misura, individuale o generale, che dovesse risultare necessaria per far cessare la violazione ed eliminare le relative conseguenze, nonché per prevenire ulteriori possibili analoghe violazioni⁶⁶.

Misure la cui determinazione spetta allo Stato interessato, ma che la Corte potrebbe in qualche maniera indicare nella motivazione della sentenza come nel suo dispositivo.

Successivamente sarà il comitato dei ministri del Consiglio d'Europa a verificare se lo Stato si sia o meno conformato alla sentenza (art. 46 CEDU)⁶⁷.

In concreto, l'adozione delle misure deve essere garantita da quella medesima amministrazione dello Stato che avrebbe dovuto proteggere il diritto che, invece, è stato violato⁶⁸.

E' ormai pacifico che i descritti obblighi derivanti dalla sentenza non hanno un carattere meramente politico ma posseggono una rilevanza giuridica⁶⁹: ciò perché ogni Stato contraente, aderendo alla Convenzione, non si limita a tutelare i diritti innanzi elencati, ma si impegna a riconoscere quei diritti attribuendo alle relative norme una diretta applicabilità nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno.

D'altro canto è stata la stessa Corte costituzionale a chiarire che le norme della Convenzione europea, come quelle del Patto internaziona-

⁶⁵ E. APRILE, *Diritto Processuale Penale Europeo e Internazionale*, CEDAM Milano 2007, p. 144.

⁶⁶ M. DE SALVIA, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, in AA. VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. BALSAMO-R. KOSTORIS, Torino, 2008.

⁶⁷ Così nella *Raccomandazione R(2000)2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 19 gennaio 2000*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p.391.

⁶⁸ G. MALINVERNI, *Il ruolo della Corte di Strasburgo nell'evoluzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il ruolo del giudice internazionale nell'evoluzione del diritto internazionale e comunitario*, cit., spec. p. 133 ss.

⁶⁹ Così, tra le molte, Corte eur. Dir. uomo, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*.

le dei diritti civili e politici, sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione e sono tuttora vigenti, e, nel caso di incompatibilità, non possono considerarsi affatto abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale: e ciò - ha aggiunto la Consulta - perché le norme della Convenzione sono derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria⁷⁰.

Però bisogna prendere atto che nel nostro ordinamento manca una specifica disciplina di attuazione che, ad esempio nel processo penale, permetta al soggetto interessato di rimettere in discussione la sua posizione anche se il procedimento sia stato definito con una sentenza passata in giudicato.

Va in ogni caso evidenziato, che nel preambolo dell'art. 2 della legge 3 aprile 1987 n.81, contenente la delega per l'emanazione del codice di procedura penale, era stato espressamente previsto che il nuovo codice di rito si sarebbe dovuto adeguare alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia in materia di diritti della persona, tra le quali vi è di certo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; ciò vuol dire che, nel caso in cui dovessero risultare in contrasto con le disposizioni di tale Convenzione, le norme codicistiche ben potrebbero essere sottoposte ad una verifica di legittimità Costituzionale, sia ai sensi degli artt. 76 e 77 co.1 Cost., per mancata conformità alla legge delega, che, più in generale, ai sensi dell'art. 117 co.1 Cost. (come modificato dall'art. 3 della legge cost. 18 ottobre 2001 n.3), secondo cui la potestà legislativa è esercitata nel rispetto, oltre che della Costituzione, dei vincoli derivanti dal diritto comunitario e dagli obblighi internazionali⁷¹.

A ciò si aggiungasi che alle sentenze della Corte di Strasburgo, dovrebbe essere riconosciuta un'efficacia *erga omnes*⁷², con la conseguenza

⁷⁰ C. Cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in Cass. Pen., 1993, p.796.

⁷¹ Così G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Cass. Pen., 2005, p.1091.

⁷² G. RAIMONDI, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti umani negli affari nei quali essi sono parti: l'art. 46, primo comma, della Cedu*, in AA. VV., *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, cit. p. 39 ss.; A ben vedere, ad opinione di chi scrive, anche per gli altri Stati può ravvisarsi un obbligo di attendere alle valutazioni della Corte: mentre verso lo Stato responsabile è basato sull'art. 46 Cedu, l'efficacia *erga omnes* della giurisprudenza di Strasburgo trova fondamento nell'art. 1 Cedu. La portata dei diritti e delle libertà che gli Stati s'impegnano a rispettare è data dall'interpretazione condotta dalla Corte ai sensi dell'art. 32 Cedu, cfr. G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in Dir. pen. proc., 2010, p. 372.

che alle indicazioni in esse contenute dovrebbe essere attribuita una forza vincolante nei confronti del giudice nazionale⁷³.

Ed infatti, in dottrina, è opinione diffusa quella secondo cui il giudice penale deve interpretare la normativa nazionale tenendo conto dei principi e delle regole che, in determinate materie, sono cristallizzate nella Convenzione e, ancor di più, del modo in cui le linee caratterizzanti di specifici istituti vengono ricostruite dalla giurisprudenza europea: *"il diritto generale europeo costituisce il parametro esegetico cui deve necessariamente ispirarsi il giudice nazionale nel momento in cui è chiamato ad applicare ed interpretare una norma; mai questa potrà essere applicata in violazione dei diritti enunciati dalla Convenzione europea"*.⁷⁴

Le valutazioni si qui esposte, frutto di un consolidato indirizzo esegetico della Corte europea e in larga parte condivise dalla dottrina, per molti anni non hanno, in verità, trovato uno spazio significativo nelle prassi giurisprudenziali interne.

Negli ultimi tempi, il problema dell'integrazione tra ordinamento giuridico nazionale e ordinamento sovranazionale facente capo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è tornato di grande attualità si da indurre ad affermare l'esistenza di una nuova *"forza trainante delle decisioni sovranazionali su quelle interne"*⁷⁵.

Ciò è accaduto nel momento in cui la Corte europea ha iniziato ad affermare che lo svolgimento all'interno di uno Stato parte, di un processo penale di cui i medesimi Giudici di Strasburgo abbiano riconosciuto la non conformità con il modello del giusto processo europeo, è situazione che non può restare senza conseguenze pratiche⁷⁶: in particolare, si è detto che laddove il processo interno si sia concluso con la pronuncia di una sentenza di condanna pure passata in giudicato, l'accertata violazione di una norma della Convenzione vada ad inficiare l'intero percorso procedimentale, sì da non legittimare l'esecuzione o la prosecuzione dell'esecuzione della pena comminata al condannato⁷⁷.

In assenza di una specifica normativa di attuazione e in presenza

⁷³ G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Cass. Pen., 2005, p.1095.

⁷⁴ A. GAITO-F. GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di A. GAITO, Utet, Torino, 2006, p.31.

⁷⁵ F. GIUNCHEDI, *Linee evolutive del giusto processo europeo*, in *Procedura penale e garanzie europee*, cit., p.27.

⁷⁶ P.H. IMBERT, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle decisioni del Comitato dei Ministri*, in Doc. giust., 2000.

⁷⁷ Così in particolare, Corte eur. Dir. uomo, 24 marzo 2005, *Stoichkoc c. Bulgaria*.

di iniziative legislative che non hanno portato a risultati concreti⁷⁸, la giurisprudenza di legittimità italiana ha finito per assumere un ruolo di supplenza, reagendo in maniera significativamente positiva al nuovo orientamento ermeneutico imposto dalla Corte europea.

Dapprima la Cassazione si è pronunciata su una vicenda giudiziaria milanese, nota come 'caso Cat Berro'.

La Corte d'assise di appello lombarda, in funzione di giudice dell'esecuzione, aveva dichiarato *de plano* l'inammissibilità dell'incidente di esecuzione con cui la difesa del condannato aveva sollecitato l'annullamento ovvero la revoca dell'ordine di esecuzione della pena detentiva, sul presupposto che la sentenza di condanna (ormai irrevocabile) fosse stata emessa al termine di un processo contumaciale, in relazione al quale la Corte di Strasburgo aveva attestato la violazione delle regole del giusto processo.

Orbene, la Suprema Corte italiana ha annullato l'ordinanza emessa dal giudice milanese, asserendo la necessità del previo svolgimento di una camera di consiglio e, soprattutto, indicando la concreta possibilità della tangibilità del giudicato penale formatosi a conclusione di un processo considerato non conforme alle norme prescrittive sovranazionali in tema di processo equo.

Tutto ciò perché i giudici nazionali sono tenuti al rispetto delle norme della Convenzione europea, che hanno la forza di legge propria dell'atto legislativo contenente l'ordine di esecuzione, senza alcuna possibilità di deroga⁷⁹; sia anche perché l'esecuzione in Italia di una sentenza di condanna emessa al termine di un processo non equo determinerebbe, a sua volta, una ulteriore violazione della Convenzione, esattamente dell'art. 5 part. 1 lett. a) CEDU che vieta la privazione della libertà personale al di fuori dei casi e delle modalità previste dalla legge⁸⁰.

Molto più incisiva è risultata una successiva sentenza della Cassazione relativa ad un caso bolognese (Caso Somogyi), nel quale l'interes-

⁷⁸ Va ricordato che nel corso della XIII Legislatura sono stati presentati alcuni disegni di legge tendenti alla modifica della disciplina codicistica della revisione, con l'introduzione di una ulteriore ipotesi dovuta all'accertata (da parte della Corte di Strasburgo) violazione, durante il processo penale interno, dei principi sanciti dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁷⁹ Sul punto, per la dottrina, v. V. ESPOSITO, *Il non ragionevole contrasto del giudice italiano con quello di Strasburgo sulla ragionevole durata del processo*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 363.

⁸⁰ Cass., Sez. I, 22 settembre 2005, Cat Berro, in *Guida dir.*, 2005, n. 43, p. 84, con nota di E. SELVAGGI, *I dispositivi della Corte Europea possono travolgere il giudicato*; in *Giur. It.*, 2006, p. 1935, con nota di A. TUCCI, *Libertà fondamentali violate: quali rimedi post iudicium?*; sull'argomento cfr. anche A. GIARDA, *Italia e giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 5.

sato, cittadino ungherese, condannato in Italia – all’esito di un processo contumaciale – per importazione e vendita illegale di armi, aveva presentato un ricorso alla Corte europea lamentando di essere stato giudicato senza aver avuto la possibilità di difendersi: doglianza ritenuta fondata dai Giudici di Strasburgo che, con sentenza del 18.05.2004, avevano riconosciuto la violazione dell’art. 6 CEDU, rilevando come dagli atti non fosse desumibile alcun elemento da cui poter desumere che il ricorrente avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento ed avesse volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione⁸¹.

Il condannato aveva, dunque, proposto richiesta di restituzione nel termine ai sensi dell’art. 175 c.p.p., che la corte d’appello bolognese aveva rigettato; la Corte di Cassazione ha annullato senza rinvio tale provvedimento, restituendo il ricorrente nel termine per proporre appello avverso la decisione di primo grado in tribunale⁸².

A tale conclusione il Supremo collegio è pervenuto valorizzando un essenziale passaggio motivazionale.

In sostanza esso ha ribadito che, in generale, il giudice nazionale italiano è obbligato a conformare le proprie determinazioni alle sentenze della Corte di Strasburgo (attesa la piena precettività in Italia delle norme della Convenzione), anche laddove ciò dovesse determinare una messa in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, dell’intangibilità del giudicato penale⁸³.

5. Presupposti e limiti all’operatività della Giurisdizione Penale Internazionale: la mancanza della legge Italiana di adeguamento

Benché l’Italia sia stata la prima firmataria dello Statuto di Roma (*in esecuzione della legge 12 luglio 1999 n.232 di ratifica c.d. ‘secca’*), da molti anni

⁸¹ Corte eur. Dir. uomo, 18 maggio 2004, *Somogy c. Italia*, in Cass. Pen., 2004, p.3797; in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p.85, con nota critica di T.E. EPIDENDIO, *Forza vincolante delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo e giudicato penale*, il quale esclude che l’art. 41 CEDU crei, oltre ad obblighi per gli Stati, anche “diritti azionabili direttamente dai singoli”, e cioè che le sentenze della Corte europea, oltre a poter indirizzare l’interpretazione delle norme nazionali, “siano direttamente utilizzabili dai singoli di fronte al giudice interno”. Al riguardo v. anche *infra* par. 16.

⁸² Cass. Sez. I, 18 maggio 2006 (dep. 3 ottobre 2006), *Somogyi*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 48, p.51, con nota critica di G. UBERTIS, *Contumaci, doppia restituzione in termine. Ma la legge italiana non risulta ancora adeguata alla Cedu*.

⁸³ Come, peraltro, già enunciato dalle Sezioni unite civili della Cassazione in alcune sentenze in materia di mancato rispetto del termine di durata ragionevole del processo, in ordine alle quali v. *infra* il par. 12.

si attende l'adozione di una legge contenente le norme di adeguamento dell'ordinamento giuridico interno a quelle dello Statuto della Corte penale Internazionale; disposizioni con le quali introdurre eventuali nuove fattispecie criminose, regolare i rapporti di competenza tra l'autorità giudiziaria italiana e gli organi della Corte penale e, soprattutto, disciplinare le modalità per garantire efficaci forme di assistenza e di cooperazione alla Corte ed al Procuratore a fini di indagine, di assunzione di prove e di consegna di persone⁸⁴.

Il Governo ha istituito alcune apposite commissioni e in Parlamento sono stati depositati vari progetti di legge, iniziative che, tuttavia, non hanno sortito alcun risultato⁸⁵; inadempimento ancor più grave ove si riveli che il Consiglio dell'Unione Europea ha – con le posizioni comuni 2001/443/PESC, 2002/474/PESC e 2003/444/PESC – sollecitato gli Stati dell'Unione europea a sostenere l'effettivo funzionamento della Corte, promuovendone un appoggio generale; e che il 10 aprile 2006 la stessa unione europea ha stipulato con la Corte penale internazionale un Accordo di cooperazione ed assistenza⁸⁶.

Vi sono alcune perplessità di carattere generale che potrebbero ostacolare l'approvazione di una siffatta legge⁸⁷.

In specie si dubita che l'art. 15 St., che riconosce la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, sia compatibile con l'art. 112 Cost.; che l'art. 27 St., nella parte in cui esclude l'operatività delle immunità, sia compatibile con gli artt. 68, 90 e 122 Cost. che riconoscono particolari forme di immunità per i membri del Parlamento, per il Capo dello Stato e per i consiglieri regionali; che l'art. 89 St., che stabilisce l'obbligo di consegna a carico degli Stati membri, sia compatibile con gli artt. 10 e 26 Cost. fanno divieto di estradizione per i reati politici; che gli artt. 54 e 57 St.,

⁸⁴ In tema v. E. FRONZA, *Principio di complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., p.50, la quale sottolinea come i modelli di adattamento allo Statuto di Roma possono essere due: quello che si concretizza con l'introduzione di riforme ai codici interni già esistenti, e quello che si attua con l'adozione di una o più leggi speciali con cui lo Stato 'implementa' il proprio ordinamento con una nuova disciplina dei profili di diritto penale sostanziale e di cooperazione con la Corte penale internazionale.

⁸⁵ CELOTTO, *Mandato d'arresto europeo e giudici costituzionali: una nuova frontiera dei controlli*, in AA. VV., *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, a cura di Calvano, Napoli, 2007.

⁸⁶ E. APRILE, *Diritto Processuale Penale Europeo e Internazionale*, CEDAM Milano 2007, p. 246, par.14.

⁸⁷ Per una completa sintesi dell'iter parlamentare di approvazione della legge 22 aprile 2005, n. 69 cfr. KALB, *Sintesi dei lavori parlamentari*.

che attribuiscono al Procuratore il potere di svolgere indagini nel territorio dello Stato membro, siano compatibili con l'art. 111 Cost., che assegna al giudice italiano la giurisdizione nel territorio dello Stato; e che gli artt. 105, 106 e 110 St., riguardanti l'esecuzione delle pene inflitte dalla Corte, siano compatibili con gli artt. 27 comma 2 e 87 Cost. che prevedono la funzione rieducativa della pena ed il potere del Presidente della Repubblica di concedere la grazie e di commutare la pena.

Si tratta, però, di ostacoli superabili, laddove si consideri che l'art. 11 Cost. ammette che l'Italia possa limitare la propria sovranità se ciò sia necessario rispetto ad un ordinamento (*qual è quello istitutivo della Corte penale internazionale*) che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni: tanto può giustificare la inapplicabilità delle norme che, in relazione alla giurisdizione penale della Corte penale internazionale non possano farsi rientrare nel novero dei delitti politici per i quali vige il divieto di estradizione⁸⁸.

Si aggiunga che, per il principio di complementarietà, di cui si è più volte detto, la giurisdizione della Corte si aggiunge e non si sostituisce quella dello Stato parte, il che escluderebbe il contrasto con i principi della Costituzione propri della giurisdizione penale interna⁸⁹.

Nelle previsioni dei progetti di legge fin qui presentati, al Ministero della Giustizia è affidato il compito di curare i rapporti di cooperazione con la Corte, pure determinando l'ordine di priorità in caso di concorso di più domande di cooperazione provenienti dalla Corte e da uno o più Stati esteri.

Allo stesso Ministero è attribuito il potere di concordare con il Procuratore o con la Corte le modalità per lo svolgimento diretto in Italia di attività investigative, nonché il potere di sospendere la trasmissione di atti o documenti, se ciò dovesse compromettere la sicurezza nazionale, così come sospendere l'esecuzione di una consegna se l'interessato deve essere giudicato o scontare una pena in Italia.

Per il resto la disciplina delle modalità di cooperazione dovrebbe seguire i canoni classici della cooperazione con le autorità giudiziarie straniere.

⁸⁸ Il legislatore ha cercato di adattare il contenuto della decisione quadro ad interessi tutelati dal nostro ordinamento – in particolare da quello processuale penale – indipendentemente dal fatto che questi abbiano o meno rilevanza costituzionale [...] il problema non è di scarso rilievo posto che qui non è utilizzabile quella “*valvola di sicurezza*” costituita dall'art. 696 c.p.p. che riguarda altri istituti, quelli del libro XI dei quali il mandato d'arresto europeo non fa parte [...] (Voce Enc. *Mandato d'arresto europeo*, a cura di MARCHETTI, in Enc. Dir., Annali, II Tomo, Milano, p. 540).

⁸⁹ Così R. BELLELLI, *Come adattare l'ordinamento giuridico italiano allo Statuto della Corte dell'Aja*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p.1300.

Volendo segnalare alcune perplessità, va detto che è discusso se per l'attività di indagine o di acquisizione probatoria la competenza debba essere assegnata al procuratore generale o alla corte d'appello del luogo in cui l'attività deve essere compiuta.

E se, in caso di richiesta di consegna, il decreto finale debba essere emesso dall'autorità governativa, e cioè dal Ministero della giustizia, ovvero dall'autorità governativa e cioè dal Ministero della giustizia, ovvero dall'autorità giudiziaria competente, vale a dire dalla corte di appello che ha esaminato la domanda⁹⁰.

In attesa dell'emanazione della legge italiana di attuazione, è discutibile che l'Italia possa rifiutare una richiesta di cooperazione e di assistenza giudiziaria proveniente dalla Corte penale internazionale in base a norme convenzionali, contenute nello Statuto di Roma, che sono state ratificate e rese esecutive nel nostro ordinamento.

Tuttavia l'assenza di specifiche disposizioni di adeguamento crea, di fatto, un impedimento a dare seguito a richieste di quella natura e potrebbe configurare, soprattutto con riferimento alla mancata previsione nel nostro ordinamento di fattispecie incriminatrici corrispondenti a quello dello Statuto, "*l'incapacità dello Stato*" a procedere, che costituisce uno dei possibili presupposti per l'attivarsi della giurisdizione sussidiaria della Corte⁹¹.

D'altro canto, l'autorità giudiziaria italiana non potrebbe sottrarsi al compito di disporre l'arresto e la consegna di una persona che si trovi nel territorio del nostro Stato, in esecuzione di un mandato di arresto europeo adottato da altro Stato dell'Unione europea che voglia, in tal modo, sottoporre a processo quella persona per un reato di competenza della Corte penale internazionale (*prevalendo la sua giurisdizione su quella della Corte*), ovvero che voglia, in tal modo, ottemperare ad una richiesta di arresto e di consegna proveniente dalla stessa Corte penale internazionale⁹².

6. Conclusioni

Il lavoro ha affrontato sotto diversi profili il ruolo della Corte di giustizia nella cooperazione giudiziaria in materia penale, prendendo le mos-

⁹⁰ L. KALB, *Il consenso alla consegna*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, a cura di L. KALB, Milano, 2005; M. R. MARCHETTI, *voce Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2008.

⁹¹ In questi termini R. BELLELLI, *Come adattare l'ordinamento giuridico italiano allo Statuto della Corte dell'Aja*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p.1301.

⁹² LANCILLOTTI, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p.811.

se dalle novità istituzionali introdotte dal Trattato di Lisbona, sino ad interessare gli aspetti funzionali ed operativi connessi all'attività del Collegio di Lussemburgo.

Si è dunque avuto modo di chiarire come, anzitutto, a fronte dell'elisione della previgente struttura a pilastri dell'Unione europea, la Corte abbia beneficiato di una significativa estensione delle proprie prerogative, acquisendo piena competenza giurisdizionale anche nel settore penale, pur con residue limitazioni dettate dal periodo transitorio e dagli *opting-out* di alcuni Stati membri.

Questo dato, unitamente all'analisi del nuovo sistema delle competenze dell'Unione ed all'approfondimento dei criteri ai quali si ispira l'attività interpretativa della Corte, concorre a delineare i contorni di un rilevante interrogativo circa il grado di incisività dell'opera del giudice dell'Unione nel tracciare ed approfondire il solco del processo di integrazione europea nella cooperazione penale.

Volgendo lo sguardo al passato, infatti, non si può che rimarcare il contributo decisivo della Corte nell'affermazione di principi fondanti del mercato unico e del pilastro comunitario nel suo complesso, tanto che l'avanzamento per via giurisprudenziale del processo di integrazione può essere definito un canone ricorrente dell'esperienza della Comunità europea.

Anche alla luce delle riflessioni sinora proposte, pertanto, l'interrogativo cui si intende proporre una risposta in sede conclusiva si concentra sulla possibilità di riservare al Giudice dell'Unione un analogo ruolo da protagonista nel settore della cooperazione penale; questa risposta non sembra tuttavia di agevole inquadramento.

Da un lato, infatti, alcune pronunce della Corte in materia – *in primis* la sentenza Pupino – paiono indicare l'opportunità di una soluzione positiva al quesito.

Dall'altro lato, però, la specificità del settore in esame, potrebbe giustificare una risposta negativa, o quanto meno la precisazione di opportuni elementi distintivi, rispetto all'esperienza del pilastro comunitario.

Invero, la cooperazione in materia penale ha da sempre rappresentato un ambito alquanto peculiare nel quadro dell'UE, intesa come banco di prova del processo di integrazione fra gli Stati membri.

Al contrario, ad una visione di insieme, la cooperazione fra Stati membri nel campo della giustizia penale è parsa muovere, almeno sino al recentissimo passato, da differenti premesse. In particolare, in luogo del rafforzamento delle libertà di circolazione, gli Stati membri e l'Unione hanno focalizzato la propria attenzione sull'esigenza di esercitare un controllo su queste stesse libertà e sulle problematiche che esse pongono, ad esempio in termini di mobilità dei criminali e di dimensione tran-

sfrontaliera delle attività delittuose.

Sicurezza e giustizia hanno dunque in via elettiva rappresentato il *leitmotiv* della cooperazione nel settore penale.

Di conseguenza, la natura stessa della materia in esame ha condotto a relegare su un piano secondario l'affermazione delle libertà di circolazione, in favore della definizione delle regole per l'esercizio della potestà punitiva dello Stato nonostante le libertà di circolazione e gli ostacoli che queste frappongono alla persecuzione dei reati.

In termini generali, pertanto, la cooperazione penale non sembra a prima vista il terreno idoneo per un'esperienza analoga a quella del mercato unico, sotto il profilo del decisivo protagonismo del formante giurisprudenziale.

Una valutazione differente può invece condursi per il legislatore, che, almeno in relazione al grado di approfondimento del processo di integrazione sinora conseguito nella materia in esame, ha beneficiato di una posizione più promettente.

La cooperazione penale è stata infatti sinora improntata alla definizione di norme minime comuni volte a delineare spazi e limiti della collaborazione fra autorità giudiziarie e di polizia negli ambiti selezionati dagli Stati membri e dal legislatore dell'Unione.

Il processo di integrazione in questo settore, per molti aspetti, ha dunque più agevolmente assunto le forme di un'evoluzione positivo-normativa, che non di un percorso dettato, nelle sue tappe più rilevanti, dall'attività della Corte di giustizia.

La tendenza segnalata ha conosciuto, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, una graduale correzione di rotta.

Sul punto, il legislatore europeo, ha sollecitato l'adozione di atti di diritto derivato destinati ad assicurare la circolazione delle pronunce delle autorità giudiziarie degli Stati membri.

Nondimeno, anche i recenti sviluppi della disciplina secondaria in materia evidenziano lo stretto e necessario legame del processo di integrazione con il ruolo del potere legislativo ed impongono di rispondere all'interrogativo avanzato suggerendo una soluzione mediana; il contributo della Corte è senz'altro centrale nel garantire la piena effettività del diritto dell'Unione in tema di cooperazione penale, in quanto ha consentito al Giudice europeo di dare impulso al processo di integrazione nell'ex primo pilastro anche in assenza di interventi del legislatore⁹³.

⁹³ Cfr. A. HINAREJOS, *Integration in criminal matters and the role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2011, p. 420.

Questa considerazione sorge dalla natura stessa degli obiettivi che la cooperazione giudiziaria e di polizia si prospetta: a titolo esemplificativo, la predisposizione di misure di contrasto al crimine non può che presupporre un previo intervento normativo⁹⁴.

Lo stesso si dica per l'approfondimento della cooperazione sotto il profilo del diritto penale sostanziale e della definizione di fattispecie comuni agli Stati membri; materia rigorosamente presidiata dal principio di legalità e dalla conseguente necessità di trovare conforto in una previsione normativa di stretta e rigorosa interpretazione.

I redattori del Trattato hanno colto questa esigenza attribuendo al legislatore il timone del processo di integrazione e ponendo dunque su un piano accessibile agli Stati e da questi negoziabile la portata del principio e delle misure destinate ad incrementare la fiducia reciproca tra autorità nazionali.

L'analisi del dato positivo del Trattato e la previsione delle sue future ricadute inducono pertanto a ritenere che, in raffronto a quanto avvenuto nel mercato unico, minori siano gli spazi per un eguale protagonismo della Corte anche nel settore della cooperazione penale.

Il punto, dunque, sta nel selezionare i principali e possibili canali attraverso i quali la Corte potrà aggiungere un *quid pluris* al proprio qualificato contributo al processo di integrazione in materia penale.

Da questo punto di vista, anche alla luce delle riflessioni proposte nel lavoro, si evidenziano in primo luogo, ancora una volta, le nuove prospettive istituzionali e funzionali poste dal Trattato di Lisbona, che vedono la Corte acquisire piena competenza nella materia in esame. Pur nella centralità del ruolo del legislatore, pertanto, il Giudice dell'Unione avrà un ruolo incisivo nel richiamare gli Stati agli obblighi contrattati ed al loro rispetto, grazie allo strumento della procedura di infrazione, che, proprio a motivo dell'accresciuta produzione normativa, potrà risultare uno strumento di grande efficacia nell'assicurare la piena applicazione ed effettività del diritto dell'Unione.

Allo stesso tempo, l'attuale attivismo del legislatore sovranazionale sollecita altresì un puntuale sindacato sul comportamento delle istituzioni europee e, segnatamente, sulla validità degli atti da queste adottati, in sede di ricorso per annullamento o di rinvio pregiudiziale di validità, anche a tutela del riparto di competenze con gli Stati membri.

In secondo luogo, un aspetto di rilievo è rappresentato dall'appli-

⁹⁴ Tra i tanti v. D'ANGELO, *La rilevanza del principio della "doppia incriminazione" ai fini delle determinazioni in materia di consegna della persona*, in AA. VV. cit. a cura di KALB, p. 59.

cazione nel settore penale dei criteri interpretativi avvalorati in via generale dalla Corte, al fine di garantire massima portata ed effettività alle disposizioni del Trattato ed alla normativa di rango secondario.

A questo riguardo, in effetti, occorre ricordare come la Corte si sia già distinta in più occasioni per approdi ermeneutici di segno estensivo, destinati ad ampliare nella misura maggiore possibile gli istituti ed i principi del diritto penale e processuale penale sovranazionale.

Casi emblematici, in questo senso, sono rappresentati dalla menzionata giurisprudenza sui presupposti per l'operatività del divieto di doppio giudizio e sui motivi di rifiuto facoltativo di consegna del condannato destinatario di un mandato d'arresto europeo.

Le stesse nozioni di reciproco riconoscimento e di fiducia fra gli Stati membri sono state oggetto di una lettura ambiziosa ed affermate con forza nella giurisprudenza di Lussemburgo, talora – ad esempio in tema di *ne bis in idem* – come fondamento della cooperazione in materia penale, talaltra – nel caso del mandato d'arresto europeo – come veicolo per il rafforzamento della libertà di circolazione o per l'affermazione di diritti fondamentali.

Lo stesso approccio può inoltre essere riscontrato nell'interpretazione delle norme di diritto derivato volte al ravvicinamento degli ordinamenti penali degli Stati membri, soprattutto nell'ipotesi in cui dette disposizioni presidiassero diritti processuali fondamentali.

Basti pensare alla giurisprudenza circa le decisioni quadro sulla tutela delle vittime nel processo penale, che manifesta con evidenza le ambizioni ed i limiti del ruolo della Corte nella cooperazione penale.

Da un lato, il giudice dell'Unione ha suggerito una visione estensiva della nozione di vittima e delle prerogative a questa connesse, rispettivamente, ad esempio, nei casi Katz e Pupino⁹⁵. Dall'altro lato, a conferma dell'attuale centralità del formante legislativo, la Corte (fra le altre nelle sentenze Gueye ed Eredics), ha dovuto alzare bandiera bianca dinnanzi al dato positivo, evidenziando come lo stadio del processo di integrazione raggiunto dagli Stati membri imponesse limiti oggi non valicabili all'evoluzione del diritto sovranazionale in materia penale.

In ogni caso, la vocazione uniformatrice e razionalizzatrice dell'at-

⁹⁵ Cfr. la sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, in Racc. p. I-5285. Il legame fra la sentenza Pupino ed l'istituto del mandato d'arresto europeo è stato tracciato, fra gli altri, da E. APRILE, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia di mandato d'arresto europeo*, in F. SGUBBI, V. MANES, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007.

tività interpretativa della Corte, se non direttamente fautrice di un approfondimento del processo di integrazione, non può che avere un'incidenza indiretta sull'effettivo conseguimento degli obiettivi che questo si pone.

La precisazione del significato del dato normativo realizza infatti un importante contributo al consolidamento della fiducia reciproca fra gli Stati, a beneficio del principio del reciproco riconoscimento.

Da ultimo, il grimaldello che l'esperienza sinora maturata e il rinnovato contesto del Trattato consentono di eleggere a possibile strumento per un crescente ruolo della Corte, svincolato dai lacci e dal sentiero battuto dal legislatore, sembra potersi riassumere nella tutela dei diritti fondamentali e nella verifica sul rispetto dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea.

I casi Pupino, *Advocaten voor de Wereld*, Gözutok e Brügge, in ciascuno degli ambiti della cooperazione penale esaminati, manifestano le potenzialità del richiamo ai diritti fondamentali nell'operato della Corte, ma evidenziano altresì la vera dimensione nella quale muove e potrà muovere con crescente incidenza la giurisprudenza di Lussemburgo.

Gli annunciati distinguo, rispetto al ruolo della Corte di giustizia nell'ambito del processo di integrazione del mercato unico, si riassumono infatti nel differente piano sul quale la Corte stessa è chiamata a fornire il proprio qualificato contributo.

In una materia che coinvolge diritti inalienabili dei singoli, il Giudice dell'Unione, almeno nell'attuale fase storica, istituzionale e giuridica, non riveste una funzione trainante del processo di integrazione.

Non ne costituisce, a differenza di quanto avvenuto in altri contesti, il motore nascosto, capace di alimentare la potenza della macchina sulla quale è installato.

La Corte, piuttosto, è il meccanico che revisiona il corretto funzionamento del motore e, all'occasione, ne sostituisce, ammodernizza o rende più efficaci le componenti.

L'urgenza di assicurare la tutela dei diritti fondamentali conferma pertanto che il Giudice dell'Unione riveste ad oggi un compito di controllo sul processo di integrazione, che può all'occasione riflettersi in un impulso indiretto o, quanto meno, in correzioni alla rotta intrapresa, ma che trova un limite decisivo nello stadio di avanzamento dettato dagli Stati membri e dal legislatore europeo.

In questo senso, il ruolo della Corte risalta in tono minore rispetto al "*majoritarian activism*" attribuito in dottrina all'opera del giudice dell'Unione per evidenziare l'accelerazione impressa al processo di integra-

zione nell'ambito del mercato unico⁹⁶.

Si può infatti trattare di un "*counter-majoritarian activism*", ossia di un contributo attivo e propositivo, foriero di innovazioni e conquiste, avente quale premessa fondamentale non l'accelerazione al processo di integrazione ma il suo armonico sviluppo.

⁹⁶ V. M. POIARES MADURO, *We the Court*, Oxford, 1998, p. 4.

Cittadinanza europea e pubblico impiego: l'accesso al lavoro pubblico per i cittadini comunitari

SOMMARIO: 1. Premessa. Il pubblico impiego nel diritto comunitario. - 1.1 La nozione comunitaria di lavoratore. - 1.2 La nozione comunitaria di pubblica amministrazione. - 2. L'accesso al pubblico impiego nel diritto comunitario: la libera circolazione dei lavoratori ed i limiti di diritto pubblico. - 2.1 La circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione. - 2.2 La giurisprudenza della Corte di Giustizia. - 3. La normativa interna in materia di accesso dei cittadini comunitari. - 4. La giurisprudenza interna. Il caso "Autorità Portuale di Brindisi"

1. Premessa. Il pubblico impiego nel diritto comunitario

Sospinto in tempi recenti dai venti dell'attualità e delle cronache nazionali ed internazionali¹, il tema del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra diritto interno e diritto comunitario è un tema complesso ed articolato, rispetto al quale le Corti supreme nazionali e quelle europee hanno tradizionalmente dimostrato sensibilità ed interesse.

L'area del pubblico impiego, nel generale quadro della disciplina comunitaria in materia lavoristica, ha spesso patito la preminenza, anche mediatica, attribuita al connesso, ma profondamente diverso, settore privato².

Se fin dai loro albori, infatti, le istituzioni europee hanno evidenziato ed espresso pienamente l'importanza delle problematiche poste dal diritto del lavoro, promuovendo in modo più efficace i diritti dei lavoratori e incoraggiando il diffondersi di condizioni di occupazione dignitose, il rapporto di pubblico impiego, in quanto portatore di specialità, è sempre stato in qualche modo emarginato, avendo l'Europa tradizionalmente preferito la strada della piena discrezionalità degli Stati nella

¹ Ci si riferisce alle recenti dichiarazioni del Premier britannico David Cameron, circa l'opportunità che il Regno Unito ponga limiti più restrittivi all'ingresso dei cittadini europei sul territorio nazionale a scopi lavorativi. V. "Britain has to say "no" to European workers, says Cameron", *The Telegraph*, 24 gennaio 2015, 4.

² M.P. CHITI, *La Pubblica Amministrazione*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milano, 2013, 182.

regolamentazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici³.

1.1 La nozione comunitaria di lavoratore.

Preliminare a qualunque disputa inerente al delicato settore del pubblico impiego nell'intricato sistema di diritto comunitario è certamente la definizione dell'ambito teorico di riferimento e, dunque, l'analisi della nozione comunitaria d'impiego pubblico.

Se l'art. 45 TFUE è chiaro nell'escludere dal novero delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori sul territorio dell'Unione le posizioni alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, non lo è altrettanto circa la definizione di lavoratore, essenziale per individuare l'ambito di applicazione delle norme in commento.

In assenza di riferimenti normativi, caposaldo puntuale è dunque la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

Secondo il pronunciato comunitario, deve intendersi come "lavoratore" ai sensi dell'art. 45 TFUE chiunque svolga attività reali ed effettive, con esclusione di quelle considerabili talmente ridotte da porsi come puramente marginali e accessorie⁴.

La caratteristica preminente del rapporto di lavoro è data, secondo la giurisprudenza della Corte, dalla circostanza per la quale una persona fornisca per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra persona e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita di una retribuzione⁵.

Ne consegue che il rapporto di subordinazione e il pagamento di una retribuzione formano gli elementi costitutivi di qualsiasi rapporto di lavoro dipendente, purché l'attività professionale in questione presenti un carattere reale ed effettivo.

A tali considerazioni, altresì, si giunge prescindendo dalla natura di diritto pubblico o di diritto privato del nesso giuridico del rapporto di lavoro: essa, infatti, è irrilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 45 TFUE⁶.

³ Principio espresso, in maniera nitida, nella sentenza CEDU 20 settembre 2005, *Akat c. Turkey*.

⁴ C. giust., 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, C-66/85, in "Raccolta", 2121, punto 17.

⁵ C. giust., *Petersen*, C-544/11, in "Raccolta", 124, punto 30.

⁶ Così C. giust., sent. 12 febbraio 1974, *Sotgiu c. Bundespost*, C-152/73, in "Raccolta", 153, punto 5; nonché C. giust., sent. 31 maggio 1989, *Bettay*, C-344/87, in "Raccolta", 1621, punto 16.

1.2 La nozione comunitaria di pubblica amministrazione.

Per chiarire la posizione del pubblico impiego all'interno del diritto comunitario, però, è necessario fare chiarezza anche sul secondo e decisivo aspetto che lo qualifica in senso ontologico, differenziandolo dal lavoro nel settore privato: e cioè la nozione comunitaria di amministrazione pubblica, all'interno della quale la posizione lavorativa del dipendente è incardinata.

Nel sistema dell'Unione è stato più complesso che nel diritto nazionale definire cosa s'intenda per pubblica amministrazione, nelle due accezioni soggettiva ed oggettiva, in quanto le caratteristiche particolari della Comunità non hanno fatto emergere nitidamente, sino ai tempi recenti, una specifica attività pubblica di carattere amministrativo, né organismi a ciò deputati, se non in determinati limiti⁷.

Nel Trattato CE non mancavano disposizioni che si riferivano alla pubblica amministrazione: ma si trattava di previsioni particolari che non si rifacevano a una nozione generale, così da lasciare aperta la questione circa la loro applicabilità all'amministrazione della Comunità, nonché circa la configurabilità di una nozione generale di pubblica amministrazione.

I casi espressamente considerati nel Trattato CE – sostanzialmente confermati nell'attuale TFUE, che però aggiunge rilevanti previsioni generali, come si vedrà nel prosieguo – riguardavano, in particolare, l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, le conseguenze dei fatti illeciti delle amministrazioni nazionali per la responsabilità della Comunità, la disciplina degli aiuti di Stato, l'applicazione delle regole della concorrenza a qualsiasi organismo, pubblico o privato, che effettivamente svolga attività economica, la politica economica e monetaria.

Anche in questo ambito, dunque, è stata la giurisprudenza della Corte di Giustizia a venire in soccorso degli osservatori di settore, facendo chiarezza su di un quadro normativo non perfettamente definito.

Secondo la ricostruzione operata dalla Corte, la nozione di ammi-

⁷ Per una puntuale ricostruzione della dottrina circa la definizione comunitaria di Pubblica Amministrazione si vedano, tra gli altri: G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in "Il Diritto Amministrativo", 2007, 694; S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in "Giornale di Diritto Amministrativo", 1996, 915; G. DELLA CANANEA, *Pubblico impiego e diritto comunitario*, in "Rivista giuridica di lavoro e previdenza sociale", 1996, 224; A. SCIORTINO, *Qualche osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nel diritto comunitario*, in "Rivista italiana di diritto pubblico comparato", 1994, 189; D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in "Rivista italiana di diritto pubblico comparato", 1992, 357 e ss.; M. P. CHITI, *Pubblica Amministrazione*, op. cit., 170 e ss.

nistrazione ai sensi dell'art. 45, par. 4, TFUE deve ricevere un'interpretazione e un'applicazione uniformi nell'intera Unione e non può pertanto essere rimessa alla totale discrezionalità degli Stati membri⁸.

Inoltre, tale deroga deve ricevere un'interpretazione che ne limiti la portata a quanto è strettamente necessario per salvaguardare gli interessi che essa consente agli Stati membri di tutelare⁹.

A tale proposito, la Corte ha evidenziato che la nozione di pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 45, par. 4, TFUE riguarda i posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi primari dello Stato o delle altre collettività pubbliche e presuppongono, pertanto, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità dei diritti e doveri che costituiscono il fondamento di ogni vincolo di cittadinanza¹⁰.

Per contro, la deroga di cui all'art. 45, par. 4, TFUE, non trova applicazione a impieghi che, pur dipendendo dallo Stato o da altri enti pubblici, non implicano tuttavia alcuna partecipazione a compiti spettanti alla pubblica amministrazione propriamente detta¹¹.

Per valutare la sussistenza di un rapporto di pubblico impiego, dunque, dovrà procedersi a una essenziale analisi, volta ad appurare se le funzioni attribuite comportino o meno poteri d'imperio, con il conseguente dovere di tutela degli interessi generali dello Stato.

Nel settore dell'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, perciò, è stato limitato al massimo il novero delle posizioni nell'amministrazione per cui non è ammessa la circolazione dei cittadini degli altri Stati membri, utilizzando un'accezione di pubblica amministrazione incentrata sulle nozioni di potestà pubblica e di responsabilità per la tutela d'interessi generali¹².

La nozione di pubblica amministrazione nel diritto comunitario è quindi variabile, senza un'effettiva base teorica, a tutto favore dell'esigenza di assicurare la più ampia applicazione del diritto dell'Unione Europea.

⁸ Cfr. sent. *Sotigu*, cit., punto 5 e sent. 30 settembre 2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola*, in "Raccolta", I-10391 ss, punto 38.

⁹ Sent. *Colegio*, cit., punto 41.

¹⁰ Sent. *Commissione c. Grecia* C-290/94, in "Raccolta", 265, punto 2 e *Colegio*, cit., punto 39.

¹¹ Sent. *Commissione c. Grecia*, cit., punto 2 e *Colegio*, cit., punto 40.

¹² M. P. CHITI, *ult. op. cit.*, 173.

2. L'accesso al pubblico impiego nel diritto comunitario: la libera circolazione dei lavoratori ed i limiti di diritto pubblico.

2.1 La circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.

L'art. 45 del TFUE delinea – in termini praticamente immutati rispetto all'originaria formulazione della norma – il quadro dei principi regolatori fondamentali in tema di libera circolazione dei lavoratori subordinati. La disposizione – cui la Corte di Giustizia ha da tempo riconosciuto la diretta applicabilità, anche nei rapporti inter-privati – stabilisce, anzitutto, che la libertà di circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione implica "l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro" (art. 45, par. 2, TFUE).

Ma prima ancora, la libertà così assicurata importa – per espresso disposto dell'art. 45, par. 3, TFUE, e con le sole limitazioni eccezionalmente giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica – il diritto dei lavoratori, cittadini dell'Unione di: *a)* rispondere ad offerte di lavoro effettive; *b)* spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri dell'Unione; *c)* prendere dimora in uno qualunque di essi al fine di svolgervi un'attività di lavoro conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali; *d)* rimanere, sia pure a certe condizioni, nel territorio di uno Stato membro dopo avervi occupato un impiego.

Il diritto di spostarsi nel territorio di un altro paese dell'Unione – peraltro non solo per rispondere ad offerte di lavoro effettive ma, come ormai chiarito dallo stesso legislatore sovranazionale con l'art. 14, par. 2, lett. *b*, direttiva 2004/38/CE, anche semplicemente per ricercare un'occupazione –, e quello, consequenziale, di soggiornarvi al fine di svolgere un'attività lavorativa, configurano situazioni preliminari rispetto al principio fondamentale di parità di trattamento con i lavoratori nazionali, che pure l'art. 45 del TFUE enuncia per primo¹³, in quanto ne integrano il necessario presupposto di operatività in conformità con il generale principio per cui le norme sulle libertà di circolazione non sono applicabili a situazioni puramente interne ad uno Stato membro, esigendo la sussistenza di un elemento transfrontaliero.

La Corte di Giustizia ha nel tempo attenuato, soprattutto nell'am-

¹³ M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, 129.

bito della libera prestazione dei servizi, il requisito della trans-nazionalità della situazione a tal fine rilevante per il diritto dell'Unione, ravvisandolo, ad esempio, in fattispecie in cui esso esibiva un carattere solo indiretto o potenziale¹⁴, ma non si è mai spinto sino al punto di applicare in modo esplicito le norme sulle libertà fondamentali a situazioni meramente interne, lasciando così irrisolta l'annosa questione delle "discriminazioni alla rovescia", la cui soluzione resta affidata agli ordinamenti nazionali, alla stregua del principio di eguaglianza da questi garantito.

Il rilievo costituzionale assegnato alla cittadinanza europea, come *status* fondamentale della persona nell'ordinamento dell'Unione, spinge, peraltro, a superare tale tradizionale limite applicativo del principio di parità di trattamento in base alla nazionalità, e già si rintracciano chiari segnali in questa direzione nella giurisprudenza più recente della Corte¹⁵.

L'esercizio del diritto d'ingresso nel territorio di un qualunque Stato membro dell'Unione richiede semplicemente il possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità (art. 5, dir. 2004/38/CE). A differenza di quanto vale per i cittadini europei economicamente inattivi, che per i soggiorni superiori ai tre mesi devono soddisfare determinate condizioni di autosufficienza economica, i lavoratori godono di un diritto di soggiorno incondizionato nel territorio dello Stato membro in cui svolgono la propria occupazione, e l'unica formalità amministrativa – di natura meramente dichiarativa – che può esser loro richiesta consiste, attualmente, nell'iscrizione presso le autorità competenti (così l'art. 8 dir. 2004/38/CE, che continua a prevedere il rilascio della carta di soggiorno soltanto per i familiari del cittadino dell'Unione non aventi la cittadinanza di uno Stato membro).

I lavoratori godono, in certe situazioni (oggi disciplinate dal reg. 25 aprile 2006, n. 635) di uno *status* privilegiato rispetto ai cittadini economicamente inattivi anche in ordine all'acquisizione del diritto di soggiorno permanente, che in via generale matura, ai sensi dell'art. 16 della dir. 2004/38/CE, allorché il cittadino dell'Unione abbia soggiornato legalmente e in via continuativa per almeno cinque anni nello Stato membro ospitante.

I soggetti in cerca di occupazione e i disoccupati sono titolari di diritti che la giurisprudenza della Corte di Giustizia, e oggi la succitata di-

¹⁴ Così C. giust., 11 luglio 2002, C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, in "Raccolta", 6279.

¹⁵ C. giust., sent. 8 marzo 2011, C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEM)*, in "Raccolta", 1177.

rettiva del 2004, hanno tendenzialmente assimilato a quelli dei lavoratori migranti, anche se sotto diversi profili essi godono di una garanzia meno intensa rispetto a quella riconosciuta a questi ultimi¹⁶.

Per tale ragione, e pur a fronte della significativa espansione delle garanzie riconosciute ai soggetti economicamente inattivi in forza delle norme sulla cittadinanza dell'Unione, resta indubbiamente rilevante che lo *status* protettivo della persona che si avvale della libertà di circolazione possa essere o meno ricondotto alla sfera di applicazione dell'art. 45 del TFUE e della normativa valevole, in particolare, per i lavoratori subordinati. Seppure la dir. 2004/38/CE adotti un approccio tendenzialmente unitario, al cui fondamento va senz'altro rintracciato lo *status* di cittadinanza dell'Unione, i diritti dei migranti europei rimangono, infatti, sensibilmente differenziati su base categoriale, e la linea di demarcazione principale resta quella che divide i soggetti attivi sul mercato del lavoro come lavoratori subordinati o autonomi (ed i rispettivi familiari) da coloro che, per contro, esercitano una libertà di circolazione non collegata al funzionamento del mercato interno.

Questo – come è stato osservato¹⁷ – dà anche ragione del fatto che, nel contesto in esame, la preoccupazione principale della Corte non è tanto quella di tracciare una linea di discriminazione fra subordinazione e autonomia (questione invece di cruciale rilievo per la giurisprudenza nei diversi contesti nazionali); quanto piuttosto di distinguere, al fine di delimitare la sfera operativa delle norme comunitarie in materia di libera circolazione, fra lavoratori (subordinati) e soggetti economicamente non attivi.

Altra limitazione fondamentale e di essenziale pregnanza per l'odierna analisi è quella contenuta nei paragrafi 3 e 4 dell'art. 45 TFUE: secondo tale disposizioni, infatti, sono consentiti limiti alla libera circolazione dei lavoratori nell'ambito dell'Unione solo per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e sanità pubblica e con riferimento agli impieghi nella pubblica amministrazione.

Analogamente, l'art. 51, comma 1, TFUE (ovvero il vecchio art. 45, par. 1, Trattato CE) dispone che le norme in materia di diritto di stabilimento non trovano applicazione alle “attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri”.

¹⁶ Per questo in dottrina si è parlato, per tali soggetti, di uno *status* in qualche modo intermedio tra quello del lavoratore *pleno iure* e quello del cittadino economicamente non attivo: v. S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, 33 ss.

¹⁷ M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro*, cit., 98.

Sorge, dunque, la questione di quale sia la posizione dei cittadini dell'Unione che abbiano esercitato il diritto alla libera circolazione e al soggiorno in relazione all'accesso e al trattamento nel settore del pubblico impiego¹⁸.

In assenza di qualsiasi direttiva e regolamento dell'Unione che risponda a tale domanda, il principale punto di riferimento a livello di diritto dell'Unione si trova, ancora una volta, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

2.2 La giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Le condizioni di accesso all'impiego pubblico, e in particolare la cittadinanza dei soggetti interessati a tale impiego, hanno sempre costituito un ostacolo serio al principio di libera circolazione dei lavoratori nelle pubbliche amministrazioni¹⁹.

Tuttavia, a seguito di una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, queste difficoltà sono andate via via attenuandosi. Ad oggi la condizione di cittadinanza dello Stato di origine non costituisce più, in linea di principio, un fattore discriminante, a meno che l'impiego non implichi l'esercizio diretto o indiretto di poteri pubblici, ovvero non attenga alla tutela dell'interesse nazionale. Ciò è stato possibile grazie ad un'interpretazione rigorosa e restrittiva della deroga contenuta nell'art. 45, par. 4, TFUE (art. 39, n. 4 nella vecchia formulazione) e all'elaborazione di una nozione comunitaria di pubblica amministrazione.

Risale agli anni '70 il primo caso in cui il giudice comunitario si è confrontato con tale questione. In particolare, nell'affare *Sotgiu*²⁰, veniva sollevata una questione pregiudiziale a seguito di una controversia sorta tra un cittadino italiano, occupato come operaio presso l'amministrazione federale tedesca delle poste e la stessa amministrazione, in quanto gli veniva negato il versamento dell'indennità di separazione che, in presenza di determinati presupposti, spettava ai lavoratori prestanti servizio in una località diversa da quella della loro residenza. Con tale domanda il *Bundesarbeitsgericht* tentava di chiarire se, in forza della deroga prevista dall'art. 48, n. 4 TCFE (poi art. 39, n. 4 TCE, oggi art. 45, par. 4, TFUE) il divieto di discriminazione di cui all'art. 7 nn. 1 e 4 del regio-

¹⁸ L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2014, 71.

¹⁹ Per una disamina più approfondita delle prime complicazioni nate in seno al costruendo spazio di circolazione europeo, si v. S. SASSI, *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo ed ordinamenti nazionali*, Giuffrè, Milano, 2007, 370 ss.

²⁰ C. giust., sent. *Sotgiu c. Deutch Bundespost*, cit.

lamento n. 1612/68²¹, relativo alla libera circolazione dei lavoratori, potesse essere non applicato. A tal riguardo la Corte chiariva che, essendo l'art. 48 fondamentale nel contesto dell'ordinamento comunitario, la deroga di cui al paragrafo n. 4 doveva essere interpretata in senso restrittivo, in quanto la tutela degli interessi degli Stati membri che tale clausola assicura è garantita "dalla libertà di assumere cittadini stranieri soltanto in certi settori e per certe attività della pubblica amministrazione"²². La Corte, inoltre, per precisare la portata dell'eccezione, aggiungeva che "in assenza di qualsiasi distinzione nelle norme in esame, è irrilevante accertare se un lavoratore abbia la qualifica di operaio, impiegato privato o pubblico e se il suo rapporto di dipendenza sia disciplinato dal diritto pubblico o dal diritto privato. Le nozioni giuridiche utilizzate in questo campo variano a seconda dei singoli Stati e non possono perciò fornire alcun criterio di interpretazione a livello del diritto comunitario. L'art. 18 n. 4 del Trattato deve essere quindi interpretato nel senso che la deroga in esso prevista concerne esclusivamente l'accesso a impieghi presso una pubblica amministrazione, senza alcun riguardo alla natura giuridica del rapporto che s'instaura fra il lavoratore e detta amministrazione"²³.

A distanza di circa dieci anni la Corte di Giustizia si è spinta oltre. In occasione di una questione d'inadempimento avviata dalla Commissione contro il Regno del Belgio²⁴ per il fatto che l'amministrazione belga imponeva la cittadinanza come requisito essenziale per l'assunzione presso alcuni enti pubblici, il giudice comunitario rilevava che "la delimitazione della nozione di pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 48 n. 4, non [poteva] essere lasciata alla completa discrezione degli Stati". Pur ammettendo, infatti, che l'art. 48 n. 4 TCE risponde, nel quadro complessivo delle disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori, all'esigenza di tenere conto degli interessi degli Stati membri di riservare ai propri cittadini una tipologia di posti implicanti la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato

²¹ In base al quale "Il lavoratore cittadino di uno stato membro non può ricevere sul territorio di altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione".

²² *Sotgiu c. Deutch Bundespost*, cit.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cfr. C. giust. sent. Interlocutoria 17. Dicembre 1980, causa 149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*, in "Raccolta", 1845 ss.

o di altre collettività pubbliche (come le amministrazioni comunali)²⁵ il giudice comunitario riteneva “inammissibile” il richiamo a disposizioni dell’ordinamento giuridico interno per limitare la portata delle norme comunitarie, il che avrebbe avuto “l’effetto di sminuire l’unità e l’efficacia di questo diritto”.

Nel contesto di un simile ragionamento, a parere della Corte di Giustizia la nozione di pubblica amministrazione doveva “concettualmente” rientrare nell’ambito del diritto comunitario ed essere assunta o interpretata restrittivamente e uniformemente: occorreva cioè “evitare che l’efficacia pratica e la portata delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei lavoratori ed alla parità di trattamento dei cittadini di tutti gli Stati membri [potessero essere] limitate da interpretazioni della nozione di pubblica amministrazione tratte dal solo diritto nazionale e d’ostacolo all’applicazione delle norme comunitarie”. A tal fine veniva utilizzato, per individuare gli impieghi nella pubblica amministrazione, il criterio funzionale basato sulla natura oggettiva dell’attività esercitata”.

Nel 1988, poi, dopo circa sei anni dalla sentenza appena commentata, la Commissione intraprendeva, con la comunicazione 88/C 72/02²⁶, un’azione sistematica intesa ad eliminare le restrizioni fondate sulla cittadinanza che in ogni Stato membro precludevano di fatto ai lavoratori degli altri Paesi membri l’accesso agli impieghi in alcuni settori pubblici ben determinanti.

Sulla base di tale strategia, e tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la Commissione ha ritenuto che la deroga di cui al paragrafo 4 dell’art. 48 riguardasse “le funzioni specifiche dello Stato e delle collettività a esso assimilabili, quali le forze armate, la polizia e le altre forze dell’ordine pubblico, la magistratura, l’amministrazione fiscale e la diplomazia”; e che potessero considerarsi compresi in tale eccezione anche “gli impieghi dipendenti dai ministeri statali, dai governi regionali, dalle collettività territoriali e da altri enti assimilati e infine dalle banche centrali, quando si trattava del personale (funzionari e altri) che esercitava le attività coordinate intorno ad un potere pubblico giuridico dello Stato o di una persona morale di diritto pubblico, come l’elabora-

²⁵ In quanto tali impieghi “presuppongono, da parte dei loro titolari, l’esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza”.

²⁶ Cfr. *Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l’azione della Commissione in materia di applicazione dell’art. 48, paragrafo 4 del trattato CEE*, in G.U.C.E., C 72, 18 marzo 1988, 2 ss.

zione degli atti giuridici, la loro esecuzione, il controllo della loro applicazione e la tutela degli organi dipendenti”.

A fronte di questo elenco, però, la Commissione ne stilava un altro, in cui convogliava posti i cui compiti e le cui responsabilità sembravano, in linea generale, abbastanza lontani dalle attività specifiche dell'amministrazione pubblica come definite dalla Corte di Giustizia, per cui soltanto in via eccezionale essi potevano rientrare, dopo una valutazione caso per caso²⁷, nella sfera della deroga prevista dall'art. 48, n. 4. Tra questi impieghi la Commissione faceva rientrare quelli svolti negli enti incaricati della gestione di un servizio commerciale (come i trasporti pubblici, la distribuzione dell'elettricità o del gas, la navigazione per via aerea o marittima, le poste e le telecomunicazioni, nonché gli enti di radiodiffusione), nei servizi operativi della sanità pubblica, nell'istruzione nelle scuole pubbliche e nella ricerca effettuata a scopi civili presso istituti pubblici.

Sulla base di tale criterio, che tiene conto della natura del posto di lavoro indipendentemente dal settore specifico di dipendenza, la giurisprudenza della Corte ha ritenuto che non rientrano nell'accezione di cui all'art. 39 n. 4 – per cui gli Stati membri non possono riservare in via esclusiva ai propri cittadini l'accesso a tali impieghi – i posti presso i servizi postali²⁸; dei trasporti marittimi e aerei²⁹; delle ferrovie³⁰; dei trasporti pubblici urbani e regionali³¹; dei Comuni³²; della sanità pubblica³³; nonché presso i settori della pubblica istruzione³⁴; della ricerca civile³⁵; delle aziende pubbliche di distribuzione dell'acqua, del gas e dell'elettricità³⁶.

Per quanto concerne, invece, i posti nel settore privato cui lo Stato assegna funzioni di autorità pubblica, la Corte ha stabilito che l'art. 39 (ora art. 45 TFUE) deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro subordini a una condizione di reciprocità l'accesso dei cittadini degli altri Stati membri ai posti di capitano e comandante in se-

²⁷ Comunicazione 88/C 72, 3.

²⁸ C. giust., sent. 02 luglio 1996, causa C-290/94, *Commissione c. Grecia*, cit.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ C. giust., sent. 26 maggio 1982, *Commissione c. Belgio*, in “Raccolta”, 1845 ss.

³¹ C. giust., sent. 02 luglio 1996, C-290/94, *Commissione c. Grecia*, cit.

³² C. giust., sent. 26 maggio 1982, *Commissione c. Belgio*, cit.

³³ C. giust., sent. 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione c. Francia*, in “Raccolta”, 1725 ss.

³⁴ C. giust., sent. 3 luglio 1986, C-66/85, *Lazur-Blum c. Land Baden-Württemberg*, in “Raccolta”, 2121 ss.

³⁵ C. giust., sent. 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Italia*, in “Raccolta”, 2625 ss.

³⁶ *Commissione c. Belgio*, cit.

conda di navi mercantili battenti la sua bandiera³⁷. E' stata invece riconosciuta agli Stati la possibilità di riservare ai propri cittadini i posti di capitano, di comandante in seconda delle navi mercantili battenti la sua bandiera e di comandante di navi battenti la sua bandiera adibite alla "piccola navigazione", ma solo a condizione che i poteri d'imperio attribuiti a ciascuno di essi vengano effettivamente esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte molto ridotta delle loro attività³⁸.

Nonostante questa cospicua giurisprudenza e a fronte di un apprezzabile grado di certezza per l'individuazione del soggetto "amministrazione" – nella sua definizione comunitaria – non pochi problemi sono sorti in relazione sia alla delimitazione dei contorni delle figure soggettive, sia alla compatibilità di "sistema" di alcune fattispecie di deroga alla normativa generale, con specifico riferimento al lavoro nelle pubbliche amministrazioni. La commissione lamenta ancora una certa inadeguatezza delle legislazioni nazionali rispetto al dettato comunitario: ma d'altronde non poteva essere diversamente³⁹. Come abbiamo già avuto modo di evidenziare⁴⁰, il processo di elaborazione di una nozione unitaria di pubblica amministrazione nell'ordinamento comunitario, pur delineato nei suoi tratti precipui, non è ancora concluso e, soprattutto, non si presenta scevro da ostacoli e complicazioni di vario genere.

In linea generale, comunque, l'Unione Europea sembra aver imboccato la strada della predilezione di un sistema d'impiego pubblico snello ed essenziale, composto da un ristretto numero di "funzionari", intesi come personale impiegato per svolgere l'esercizio dell'autorità pubblica e le responsabilità della salvaguardia dell'interesse generale dello Stato.

3. La normativa interna in materia di accesso dei cittadini comunitari

L'orientamento interpretativo della Corte di Giustizia è stato recepito nel nostro ordinamento dall'art. 38, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in cui è confluito l'art. 37, d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, per il quale "i cit-

³⁷ E' il caso, celebre anche nelle cronache internazionali, dell'art. 8, n. 3, del *Real decreto 30 dicembre 1999, 2062/1999, poe el que se regula el nivel minimo de formaciòn en profesiones maritimas* e del procedimento collegato, culminato nel provvedimento della Corte di giustizia, sent. 30 settembre 2003, causa C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola*, in "Raccolta", I-10391 ss.

³⁸ C. giust., sent. 30 settembre 2003, C-47/02, *Anker e al.*, in "Raccolta", I-10447 ss.

³⁹ In questo senso, B. STEIJNS, *HRM in the Public Sector: A Neglected Subject. Modernization Review. The HRM Perspective*, Paris, OCDE, 2002, 13.

⁴⁰ V. *supra*, par. 1.2.

tadini degli Stati membri della Comunità europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto ed indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale".

La stessa norma precisa poi che con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri vengano individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana, nonché i requisiti indispensabili all'accesso dei cittadini degli Stati Membri dell'Unione.

Si tratta del D.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174 che contiene un regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso pubbliche amministrazioni. Esso afferma che i posti delle amministrazioni pubbliche per l'accesso ai quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana sono i seguenti:

- I posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, individuati ai sensi dell'art. 6, d. lgs. n. 29/93, nonché i posti dei corrispondenti livelli delle altre amministrazioni pubbliche;
- I posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle provincie, dei comuni, delle regioni e della banca d'Italia;
- I posti dei magistrati ordinari amministrativi, militari e contabili, nonché i posti degli avvocati e procuratori dello Stato;
- I posti dei ruoli civili e militari della presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa e del Ministero delle finanze, eccettuati i posti a cui si accede in applicazione dell'art. 16, legge 28 febbraio 1987, n. 56 (ora art. 2. D. Lgs. 19 dicembre 2002, n. 297).

Le tipologie di funzioni delle amministrazioni pubbliche, per il cui esercizio si richiede il requisito della cittadinanza italiana sono quelle che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi ovvero funzioni di controllo di legittimità e di merito.

Ai fini dell'accesso ai posti della pubblica amministrazione, i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea devono godere dei diritti civili e politici anche negli Stati di appartenenza e di provenienza, essere in possesso di tutti i requisiti previsti per i cittadini della repubblica ed avere adeguata conoscenza della lingua italiana.

Il D. Lgs. 8 gennaio 2007, n. 3 – di attuazione della direttiva 25 novembre 2003, n. 109/CE relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo – prevede che il titolare del permesso di soggiorno CE, rilasciato dopo 5 anni di soggiorno regolare nel nostro paese, possa “svolgere nel territorio dello Stato ogni attività lavorativa subordinata o autonoma, salvo quelle che la legge espressamente riserva al cittadino o vieta allo straniero (art. 9, co. 12, lett. b).

Peraltro, la stessa disposizione aggiunge poi che “gli Stati membri possono fissare limitazioni all’accesso al lavoro subordinato o autonomo nei casi in cui la legislazione nazionale o la normativa comunitaria in vigore riservino dette attività ai cittadini dello Stato in questione, dell’UE o del SEE” (art. 11, co. 3, lett. a).

E’ dubbio, dunque, se lo straniero possa svolgere attività lavorativa nell’ambito del pubblico impiego – ad eccezione che per i posti di lavoro da cui sono esclusi anche i cittadini comunitari – ovvero se egli venga escluso da qualsiasi attività di lavoro in tale contesto⁴¹.

4. La giurisprudenza interna. Il caso “Autorità Portuale di Brindisi”

La complessa ed articolata evoluzione giurisprudenziale conosciuta dal delicato tema dell’accesso dei cittadini comunitari agli incarichi presso le amministrazioni pubbliche statali non poteva non avere riflessi sul carico cognitivo delle Corti interne.

Lo stesso dibattito censito presso i giudici comunitari, sebbene in toni meno accesi ed in varietà meno ampia, si è registrato presso quelli interni, con l’interessamento recentissimo proprio della stessa Corte di Giustizia⁴².

Il riferimento è al noto caso “Autorità Portuale di Brindisi”⁴³, nel quale era in contesa la legittimità della nomina di un cittadino greco alla ca-

⁴¹ La prima interpretazione pare la più lineare con lo spirito della direttiva, che all’art. 11, par. 1, lett. a) stabilisce che al soggiornante di lungo periodo è consentito “l’esercizio di un’attività lavorativa subordinata o autonoma, purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all’esercizio di pubblici poteri”. Tale tesi parrebbe confermata anche dall’intesa trilaterale del 3 maggio 2012, nella quale si prevede che la futura legge delega dovrà individuare, tra l’altro, “misure volte a favorire il più ampio accesso ai pubblici uffici da parte dei cittadini dell’Unione Europea, senza limitazioni derivanti dal luogo di residenza dei candidati”.

⁴² C. giust., sent. 10 settembre 2014, C-270/13, *Haralambidis c. Casilli*, non ancora pubblicata.

⁴³ Per un approfondimento sulla controversia si veda G.I. VIGLIOTTI, *Cittadinanza italiana: requisito essenziale per gli alti funzionari*, in “Il corriere del merito”, 1/13, 103 ss.

rica di Presidente del suddetto ente.

Appare d'uopo concentrare l'attenzione su questa decisione, rassegnando brevemente i momenti salienti del lungo *excursus* processuale coinvolto.

La controversia, conosciuta in primo grado dal Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sezione di Lecce⁴⁴, aveva visto l'impugnazione del decreto del 7 giugno 2011, con il quale il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti disponeva la nomina di un cittadino greco a Presidente dell'Autorità Portuale di Brindisi. I giudici di primo grado, passando in rassegna il complesso delle norme componenti la generale disciplina del tema, sia in ambito comunitario che in ambito nazionale, erano giunti alla conclusione che l'operazione di investitura fosse illegittima, poiché la cittadinanza italiana era da considerarsi requisito essenziale per l'accesso a tutte quelle cariche pubbliche che riguardino interessi della collettività nella fase dell'individuazione degli stessi e delle vie per raggiungerli, cioè poteri pubblici nella loro più elevata declinazione nell'ambito dell'amministrazione. La cittadinanza, dunque, era da intendersi come requisito fondamentale, finalizzato a garantire la piena sussistenza di quel necessario vincolo relazionale che deve intercorrere tra il soggetto che si occupa di preminenti mansioni pubbliche autoritative e lo Stato stesso.

Il giudizio era quindi finito sui banchi della Corte di Giustizia UE, avendo il soccombente in primo grado fatto ricorso alla via comunitaria per ottenere un decisivo chiarimento in punto di diritto circa la vicenda nella quale era coinvolto: definire i confini amministrativi dell'Autorità portuale, stabilendo in via definitiva se, ai sensi del diritto comunitario, essa potesse essere considerata come pubblica amministrazione, e dunque potesse conseguentemente essere applicata la deroga alla libertà di circolazione dei lavoratori posta dall'art. 45, par. 4, TFUE.

Ebbene, secondo i giudici di Lussemburgo "[...] i poteri del Presidente di un'Autorità portuale costituiscono una parte marginale della sua attività, la quale presenta in generale un carattere tecnico e di gestione economica che non può essere modificato dal loro esercizio. Inoltre, [...] tali medesimi poteri possono essere esercitati unicamente in modo occasionale o in circostanze eccezionali. In tale contesto, un'esclusione generale dell'accesso dei cittadini di altri Stati membri alla carica di Presidente di un'Autorità portuale italiana costituisce una discriminazione fondata sulla nazionalità, vietata dall'art. 45, par. da 1 a 3, TFUE. [...] In cir-

⁴⁴ TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 26 giugno 2012, n. 1138.

costanze come quelle di cui al procedimento principale, l'art. 45, par. 4, TFUE deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di riservare ai propri cittadini l'esercizio delle funzioni di Presidente di una Autorità portuale".

L'importanza e l'essenzialità del provvedimento in commento è nell'indirizzo puntuale assunto dalla Corte di Giustizia: la natura occasionale ed eccezionale dei poteri preminentemente pubblicistici attribuiti al Presidente dell'Ente portuale rappresentano una ragione sufficiente ad elidere l'operatività della deroga del paragrafo 4 dell'art. 45 TFUE. Con la sentenza in commento, dunque, i giudici comunitari hanno rafforzato non solo i limiti assunti dalla loro pregressa opera d'indirizzo giurisprudenziale in materia di accesso comunitario al pubblico impiego interno: essi hanno ulteriormente consolidato la nozione comunitaria di pubblica amministrazione, offrendo un contributo attuale e decisivo al vivace dibattito sul tema.

Un intervento così rilevante non poteva non condurre ad un risultato altrettanto influente nel procedimento giurisdizionale interno: dopo l'accoglimento del Tar Puglia, infatti, il Consiglio di Stato, con sentenza di pochi mesi fa⁴⁵, ha esaminato con dettaglio e puntualità la questione, giungendo non solo al capovolgimento del verdetto del Tribunale Regionale, ma altresì giungendo all'asserzione di importanti riferimenti interpretativi.

In particolare, i giudici di Palazzo Spada hanno respinto la tesi secondo cui l'affidamento di un incarico come quello in disputa implicasse la sostanziale disapplicazione dell'art. 51 Cost., secondo il cui dettato sono "i cittadini" a godere della possibilità di accesso al pubblico impiego. In particolare, è stato evidenziato che "l'art. 51 Cost. non richiede alcuna disapplicazione, poiché va piuttosto letto in conformità all'art. 11 [Cost.], nel senso di consentire l'accesso dei cittadini degli Stati dell'Unione Europea agli uffici pubblici e alle cariche pubbliche nazionali in via generale, sulla base del principio della libera circolazione delle persone ex art. 45 TFUE, salvo gli eventuali limiti espressi o legittimamente ricavabili dal sistema, con riguardo alla concreta partecipazione all'esercizio di pubblici poteri o comunque alle circostanze poste in rilievo nella ricordata sentenza della Corte di Giustizia"⁴⁶.

Con l'impulso dei giudici europei, dunque, si è giunti a un ulteriore punto di confortevole chiarezza circa i confini ed i tratti degli impie-

⁴⁵ C.d.S., sent. 10 marzo 2015, n. 1210.

⁴⁶ *Ibidem*.

ghi pubblici aperti all'accesso dei cittadini comunitari non italiani.

Il percorso verso la definizione completa è ancora lungo, e disseminato da non pochi nodi di complessità, superabili solo con una legislazione più puntuale e completa.

Deve segnalarsi in conclusione, comunque, che la tendenza all'allargamento delle maglie limitative pare oramai consolidata anche sotto l'aspetto normativo interno: si pensi all'art. 6 della legge 31 ottobre 2003, n. 306, che ha aperto ai cittadini comunitari la professione del notaio, con rilevanti conseguenze sul piano delle essenziali funzioni pubblicistiche svolte da quest'ultimi.

Indice generale

SAGGI

MARIA NOVELLA BETTINI L'articolazione del tempo di lavoro nelle amministrazioni pubbliche: orario ridotto, incompatibilità e attività libero professionale	5
ANTONIO FICI <i>Governance</i> e partecipazione del socio nelle cooperative di lavoro	39
LORENZA PAOLONI - FLAVIA MANCINI "Usi civici": <i>the Italian side of the Commons</i>	75
FEDERICO PERNAZZA Il rating di legalità*	89
PAOLO PIZZUTI Il nuovo licenziamento collettivo	103
ALBERTO VESPAZIANI I sapori del diritto	113

ORIZZONTI

FRANCESCO BELMONTE Il lavoro a tempo parziale nel D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitaria	143
GIOVANNI CARMELLINO Gli strumenti di risoluzione della crisi di impresa nella penisola balcanica tra diritto interno e diritto internazionale privato e processuale	171

DONATELLA CASAMASSA	
Parità di genere e principio di non discriminazione: la prospettiva comunitaria e quella nazionale	215
LUCA DI SALVATORE	
Il lavoro degli immigrati	253
DAVIDE ERRICO	
L'evoluzione della disciplina del lavoro accessorio	271
IORE FONTANAROSA	
La tutela del consumatore-paziente tra responsabilità del produttore ed utilizzo di prodotto medico difettoso	297
FABIO IACOBONE	
Il trasferimento del lavoratore	329
STEFANIA PARISI	
Indennità dei parlamentari e (presunta) riserva di legge formale dell'art. 69 Cost.: in margine a un <i>non</i> -dibattito	343
DARIO RICCI	
La revisione "europea" alla luce delle sentenze CEDU	357
ILARIA ROBERTI	
L'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento e la sua modulazione opera della Corte Costituzionale.	
Riflessioni a margine della sentenza n. 10 del 2015	393
GUIDO ROSSI	
Il Mandato di Arresto Europeo (M.A.E.) e l'incidenza delle sentenze delle Corti Europee nel Diritto Interno	419
GENNARO ILIAS VIGLIOTTI	
Cittadinanza europea e pubblico impiego: l'accesso al lavoro pubblico per i cittadini comunitari	451

